Voraussetzung und Geschäftsgrundlage

(Eine Untersuchung über Wesen, Unterscheidung und praktische Brauchbarkeit der Begriffe).

Zugleich ein Beitrag zur Frage:

Positivismus oder Freirecht?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von

Franz Imbruck

Gerichtsreferendar aus Dorsten.

Approbiert am 8. Oktober 1931.

1932

Druck: Heinr. Pöppinghaus, o. H.-G., Bochum-Langendreer.

1932:308

Referent: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in dankbarer Verehrung!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543503_0114

Gliederung.

Seite

§ 1. Einleitung und Abgrenzung des Themas . 1

I. Teil: Voraussetzung und Geschäftsgrundlage.

1. Geschichtliche Entwicklung der Begriffe. — Ihre Stellung in Gesetz, Recht und Rechtsprechung.

§ 2. Das Problem und seine Gestaltung in Einzelgesetzen 4

§ 3. Rechtssystematische Einordnung des Problems und die Stellung des römischen Rechts dazu 6

§ 4. Der Wirrwarr der Lehrmeinungen . . 8

§ 5. Geschichtliche Entwicklung und Überblick über die Stellung der behandelten Rechtseinrichtungen in der deutschen und fremden Gesetzgebung früher und heute . 10

2. Die Begriffe nach den Lehren ihrer Begründer.

§ 6. Windscheids Lehre von der Voraussetzung 12

§ 7. Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage 18

3. § 8. Die Abgrenzung der Begriffe an Hand der Lehren ihrer Begründer 24

4. Die verschiedenen Lösungsversuche unseres Problems neben und nach Windscheid und Oertmann.

§ 9. Kurzer allgemeiner Überblick 28

§ 10. Insbesondere die Lehren Lochers, Rhodes und Krückmanns 30

5. § 11. Der Weg der Rechtsprechung 37

II. Teil: Die Frage nach der rechtlichen Qualität der Begriffe.

1. Allgemeines.

§ 12. Rechtspolitische Gründe, die eine Anerkennung fordern 42

§ 13. Kurzer Abriß einer Rechtsquellenlehre . 44

2. § 14. Die Sanktion durch § 242 BGB. (Entwicklung und kurze Skizzierung der eigenen Meinung) 48

3. **Rechtsphilosophische Grundlegung.**

§ 15. Die philosophischen Schulen (Historische Schule, Naturrecht, Freirechtsbewegung) 51

§ 16. Insbesondere die evolutionistische Richtung 61

§ 17. Ist eine Anerkennung der Begriffe nach den Forderungen des „richtigen Rechts" ratsam? 68

4. **Exkurs: Völkerrecht, Beispiele. — Wirtschaftliche Gesichtspunkte.**

§ 18. Völkerrechtliche Erwägungen und Hinweise (insbesondere: Youngplan, Völkerbundssatzung) 72

§ 19. Wirtschaftspolitische Erwägungen, die eine Anerkennung unserer Begriffe fordern (insbesondere: Notverordnung über Bankfeiertage) 78

5. **§ 20. Die dogmatische Rechtfertigung der Begriffe (Kritik und eigene Meinung) . . 82**

III. Teil: Die beste Form der Begriffe. — Die Frage nach der Rechtsfolge.

1. **§ 21. Die Frage nach der Form der Begriffe. Was empfiehlt sich de lege ferenda? . . 95**

2. **§ 22. Anmerkungen zur Frage nach der Rechtsfolge 98**

Literatur.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, II. Bd. 1896.

Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I. 1892.

Bielschowsky: Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf gegenseitige Verträge (clausula rebus sic stantibus). Eine Übersicht über die deutsche und ausländische Rechtsprechung. 1923.

Bismarck: Gedanken und Erinnerungen, Bd. II. 1898.

Böckel: Die Veränderungen der Vertragsgrundlagen (clausula rebus sic stantibus). 1922.

Bülow: Gesetz und Richteramt. 1885.

Burckhardt: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (in „Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge". 8. Heft.), Bern 1925.

Cicero: De Officiis l. I. Ausgabe von C. F. W. Müller. 1879. IV, 3.

Cohen: Die Windscheidsche Voraussetzung infolge des Krieges „rediviva". J. W. 1916, S. 109 ff.).

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7.—8. Aufl. 1924.

Crome: Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege (Arch. ziv. Prax. Bd. 115, S. 1 ff.).

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Darmstaedter: Recht und Rechtsordnung. Ein Beitrag zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers (in „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie", Beiheft Nr. 18). 1925.

Diehl: Die Wert- und Preislehre in national-ökonomischer und juristischer Betrachtungsweise (Festgabe für Rud. Stammler 1926. S. 105 ff.).

Dove: Die Krisis des Vertragsrechts (in „Recht und Wirtschaft") 1921. S. 7 ff..

Dowe: Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung (J. W. 1916, S. 369 ff.).

Ehrlich, E.: Die stillschweigende Willenserklärung. 1893.

Eickemeyer: Der Streit um die Vertragstreue im Ausland. Folgerungen für das deutsche Recht (in Gruchots Beitr. Bd. 66, S. 129 ff.). 1923.

Endemann: Preisumsturz und Vertragsbindung (J. W. 1921, S. 8 ff.).

— Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechts und ihre Auslegung (Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. II, S. 132 ff.). 1929.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Bearbeitung 1926; Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von Lehmann 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in den amtlichen Sammlungen; ferner Veröffentlichungen in „Juristische Wochenschrift" (J. W.), „Leipziger Zeitschrift" (L. Z.), „Juristische Rundschau" (J. Rdsch.), „Recht", „Warneyers Rechtsprechung" (Warn.), „Seufferts Archiv" (Seuff. Arch.), „Gruchots Beiträgen" (Gruch. Beitr.).

Ewald: Der Irrtum über sich selbst. Eine Abhandlung über § 119 Abs. II BGB. und Oertmanns Lehre vom Fehlen der Vertragsgrundlage (in Gruchots Beitr. Bd. 66, S. 534 ff.). 1923.

Fritze: Clausula rebus sic stantibus (in „Archiv für bürgerliches Recht", Bd. 17, S. 20 ff.).

Fuchs, E.: Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken (in „Die Justiz", Bd. I, Heft 4, S. 349 ff.).

— Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. 1909.

— Juristischer Kulturkampf. 1912.

— Die moderne Rechtsfindung (J. W. 1914, S. 270 ff.).

Fuchs, E.: Vertragstreue und Vertragsorthodoxie (in „Recht und Wirtschaft“ 1920, S. 236 f.).
— Vertragstreue und Shylockismus (in L. Z. 1921, S. 481 ff.).
— Kalkulationsirrtum und Rechenfehler (in L. Z. 1926, S. 18 ff.).
Geny: Interprétation et sources en droit privé positif, 2. Aufl. 1919, I, namentlich S. 73 ff..
Gnaeus Flavius (Kantorowicz): Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1906.
Goldschmidt, J.: Die Aufwertungskrise. Ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus des Geldes und des Rechtes. 1926.
— Gesetzesdämmerung (J. W. 1924, S. 245 ff.).
Gottschalk: Versteckter Dissenz; Kulkulationsirrtum; fehlerhafte Rechtsgeschäfte (in Arch. ziv. Prax. Bd. 131, S. 105 ff.).
Gradenwitz: Über den Begriff der Voraussetzung. Diss. 1880.
Grau: Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts an die veränderten Verhältnisse? (in Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 318 ff.).
Grimm: Die Einwirkung des Krieges auf internationale Lieferungsverträge nach dem französich-belgischen Recht und dem Friedensvertrag von Versailles. 1922.
Grotius, Hugo: De iure belli ac pacis, libri tres. Paris 1625.
Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr. 1930.
— Die Lehre von Treu und Glauben im Verkehr (in D. J. Z. 1931, Sp. 929 ff.).
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgeg. v. Fritz Stier-Somlo und Alex. Elster, Art. „Geschäftsgrundlage“ (v. Oertmann), Bd. II, „Auslegung“ (v. Manigk) und „cl. r. s. st.“ (v. Michaelis) Bd. I. 1926—1927.
Haußmann: Die Zumutbarkeit der Leistung bei Veränderung der Vertragsgrundlagen. Zur Lehre von der Clausula rebus sic stantibus (J. W. 1915, S. 634 ff.).
Heck: Das Urteil des R. G. v. 28. Nov. 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht (Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 203 ff.).
— Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft (Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 173 ff.).
— Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.
Hedemann: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, ein Bild deutscher Praxis. 1929.
— Der Vergleichsirrtum. 1903.
Heinsheimer: Lebendiges Recht. 1928.
Henle: Unterstellung und Versicherung, Untersuchungen zu bürgerlichem Recht, Versicherungsrecht und Methodenlehre (in „Versicherungsw. Abhandlungen“, Abtl. I, 3. Bd.). 1922.
— Mark gleich Mark? 1923.
— Treu und Glauben im Rechtsverkehr. 1912.
Herzfeld: Die Stellung der clausula rebus sic stantibis im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1917.
Hipp: Über Rückforderung wegen Hinfalls des Zwecks. Diss. 1889.
Isay: Rechtsnorm und Entscheidung. 1929.
Jacobi: Über den Irrtum in der Berechnung (in Jher. Jahrb. Bd. 70, S. 110 ff.).
Jaeckel: Die wichtigsten über die clausula rebus sic stantibus bestehenden Theorien und deren Bedeutung für die Praxis. Diss. 1919.
Josef: Freie Rechtsfindung, rechtliche Form und wirtschaftlicher Inhalt des Geschäfts; agere in fraudem legis (in L. Z. 1926, S. 567 ff.).
Jung, E.: Rechtsregel und Rechtsgewissen. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung (Arch. ziv. Prax. Bd. 118, S. 1 ff.).
— Über die logische Geschlossenheit des Rechts (in Festgabe für Dernburg, S. 129 ff.). 1900.
— Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
Kaps: Geschäftsgrundlage und Bedingung. Diss. 1927.

Katz: Vertragstreue (in „Recht und Wirtschaft" 1920, S. 136 ff.).
Kaufmann, E.: Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe. 1911.
Kiehl: Die Einwirkung eines Umschwungs der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Verträge (in Gruch. Beitr. B. 66, S. 140 ff.). 1923.
Klein: Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. 1905.
Kohler: Rechtsinhalt, Rechtsfolge, Voraussetzung (in Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 372 ff.).
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, bes. S. 570 ff. 1906.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Krückmann: Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt (in Arch. ziv. Prax. Bd. 131, S. 1 ff.). 1929 .
— Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1929.
Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel (in Arch. ziv. Prax. Bd. 116, S. 157 ff.).
— Clausula rebus sic stantibus und Verteilungseinrede (L. Z. 1920, S. 545 ff. und 621 ff.).
— Zur clausula rebus sic stantibus (L. Z. 1921, S. 583 ff.).
— Clausula rebus sic stantibus (J. W. 1921, S. 453 f.).
— Mißverständliches zur clausula rebus sic stantibus (J. W. 1921, S. 1447 ff.).
— Neue Beiträge zur clausula rebus sic stantibus (J. W. 1923, S. 115 f.).
— Ein Beitrag zur Geldentwertung und Vertragsgrundlage unter besonderer Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung (in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 1 ff.).
— Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit (Arch. ziv. Prax. Bd. 128, S. 157 ff.).
— Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz (Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 1 ff.).
Kübler: Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch. 1925.
Leetz: Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen. 1919.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. 1928.
Lenel: Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (Arch. ziv .Prax. Bd. 74, S. 213 ff.).
— Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. (Arch. ziv. Prax. Bd. 79, S. 49 ff.).
— Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften (Arch. ziv. Prax. Bd. 123, S. 161 ff.).
— Der Irrtum bei der Preisberechnung (D. J. Z. 1920, S. 418).
Leonhard: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (Arch. ziv. Prax. Bd. 120, S. 14 ff.).
— Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
Lindt: Die sogenannte clausula rebus sic stantibus und ihre Regelung im schweizerischen Zivilgesetzbuche (in „Hessische Rechtsprechung" 1919, Sp. 123 ff.).
Locher: Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck. (Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 1 ff.).
Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 10.—12. Aufl. 1929.
Lukas: Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers (Festgabe für Laband 1908, 1, S. 418 ff. und „Arch. d. öffentl. Rechts" Bd. 26, S. 67 ff., S. 458 ff.).
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (in „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts" 5. Heft). 1901.
— Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. 1907.
— Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Bei-

träge zur Lehre von Konsens und Dissens (in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 127 ff.).
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926.
— Die Idee des Naturrechts (in Festgabe für Stammler 1926, S. 1 ff.).
Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. 1927.
Müller-Erzbach: Reichsgericht und Interessenjurisprudenz (in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. II, S. 161 ff.).
— Rechtsfindung auf realer Grundlage (D. J. Z. 1906, S. 235).
Nipperdey: Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung. 1921.
— Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. 1920.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff. 1921.
— Gesetzeszwang und Richterfreiheit. 1909.
— Entgeltliche Geschäfte. 1912.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision. 1914.
— Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsschlusse (Arch. ziv. Prax. Bd. 117, S. 275 ff.).
— Die Folgen der Herstellungsverteuerung in der deutschen Industrie (J. W. 1921, S. 1512 ff.).
— Die Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall im Arbeitsrecht („Arbeitsrecht" 1924, Sp. 153 ff.).
— Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil, 3. Aufl. 1927.
Pfaff: Die Clausel: „Rebus sic stantibus" in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung (Festschrift für Unger 1898, S. 223 ff.).
Plum, Maria: Ein praktischer Fall zur Lehre von der Geschäftsgrundlage (Arch. ziv. Prax. Bd. 130, S. 214 ff.).
Reichel: Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Festgabe für Rud. Stammler 1926, S. 281 ff.).
— Vertragstreue im Auslandsgeschäft (in „Recht und Wirtschaft" 1920, S. 188 f.).
— Gesetz und Richterspruch. 1915.
Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 1. 6. Aufl. 1928.
Rhode: Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt (Arch. ziv. Prax. Bd. 124, S. 257 ff.).
Rosenthal: Vertragstreue. Eine Entgegnung (in „Recht und Wirtschaft" 1920, S. 167 ff.).
Roth: Vertragsgefährdung durch unverschuldete Behinderung der Leistung eines Vertragsteiles beim gegenseitigen Vertrage. (J. W. 1920, S. 475).
Rümelin, Max: Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts (Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 145 ff., S. 265 ff.).
Saenger: Lücken im Recht (J. W. 1916, S. 1308 ff.).
Schaefer: Der Irrtum über die Geschäftsgrundlage. Diss. 1928.
Schirrmeister: Das Bürgerliche Recht Englands. Bd. I, 1. Hälfte. 1906.
Schmidt: Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen. Zugleich ein Beitrag zu grundsätzlichen Problemen der Rechtslehre. 1907.
Schneider: Treu und Glauben im Sinne des BGB. (D. J. Z. 1903, Sp. 232 ff.).
— Treu und Glauben in der Rechtsanwendung. (L. Z. 1916, Sp. 1466 ff.).
Seneca: De beneficiis liber IV. Ausgabe von Hosius. 1914.
Siber: Die stillschweigende Kriegsklausel (Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 458 ff.).
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. 1931.
Staffel: Freie Rechtsfindung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (in J. Rdsch. 1931, S. 6 ff.).

Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Neubearbeitete Auflage. 1926.
— Wirtschaft und Recht. 2. Aufl. 1906.
— Änderung laufender Verträge. (in Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins. 1922, S. 1 ff. und 49 ff.).
— Theorie der Rechtswissenschaft. 2. unveränderte Aufl. 1923.
Stampe: Richtlinien für die Clausula-Praxis (in Jher. Jahrb. Bd. 72 S. 348 ff.).
— Gesetz und Richterrecht (D. J. Z. 1905, Sp. 1017).
— Zur Reichsgerichtsentscheidung vom 21. Sept. 1920 (J. W. 1921, S. 8 ff.).
— Aus einem Freirechtslehrbuch (Arch. ziv. Prax. Bd. 110, S. 119 ff.).
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. Bd. I u. II 1925—1929.
Stoll: Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre (in Jher. Jahrb. Bd. 76, S. 134 ff.).
Tartarin-Tarnheyden: Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis (Festgabe für Rud. Stammler 1926, S. 477 ff.).
Titze: Richtermacht und Vertragsinhalt (in „Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart" Bd. 18, 1921).
— Die Lehre vom Mißverständnis. 1910.
v. Tuhr: Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung (L. Z. 1918, S. 126 ff.).
— Irrtum über die Grundlagen des Vertrages (L. Z. 1921, S. 153 ff.).
— Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. u. 2. Hälfte, 1914—1918.
Wacup: Der augenblickliche Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage. Diss. 1928.
Walz: Revisionsmöglichkeiten im Rahmen der Völkerbundssatzung (D. J. Z. 1931, S. 596 ff.).
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I u. II, 1919—1926.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse (Arch. ziv. Prax. Bd. 100, S. 1—471).
Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.
— Die Voraussetzung (Arch. ziv. Prax. Bd. 78, S. 161 ff.).
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. 1906.
Wüstendörfer: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt (Arch. ziv. Prax. Bd. 110, S. 219 ff.).
Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. 2 u. 4, 8. Aufl. 1894/95.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. 1879.

Ius est ars boni et aequi.
Celsus.

§ 1.

Einleitung und Abgrenzung des Themas.

Bei einer Behandlung der im Titel dieser Arbeit angedeuteten Fragen müssen wir uns bewußt sein, daß wir uns auf eines der umstrittensten Gebiete der Rechtswissenschaft begeben. Gesetzlich sind die Begriffe der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage ausdrücklich überhaupt nicht anerkannt; sie sind wie der verwandte Begriff der clausula rebus sic stantibus [1]) **Schöpfungen der Rechtslehre.** Darauf ist es zurückzuführen, daß die Begriffe selbst sowohl wie die Frage, ob man ihnen im Rahmen des geltenden Rechts eine Existenzberechtigung zusprechen und sie praktisch verwerten darf, stark umstritten sind, daß geradezu ein erschreckender Wirrwarr der Lehrmeinungen besteht. Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, daß manche [2]) Voraussetzung und Geschäftsgrundlage rundweg ablehnen, mit der Behauptung, sie wüchsen sich zu einer Gefährdung der Verkehrssicherheit aus; denn Rechtsbegriffe, unter denen sich jeder etwas anderes vorstellt, sind als Grundlage für einen gerechten Richterspruch nicht zu gebrauchen, sie leisten der Ungleichheit der Gesetzesanwendung gefährlichen Vorschub. Quot capita, tot sententiae! Die Folge ist gerade in unserer Zeit, wo Presse und Theater immer wieder von einer „Justizkrise" sprechen, eine unerträgliche Erschütterung des Rechtsgefühls der Allgemeinheit und eine Verwirrung des Wirtschaftslebens, dem hiermit die feste Richtschnur im geschäftlichen Verkehr genommen wird.

Doch soll hier nicht einem dogmatischen Absolutismus das Wort geredet werden. Die Tatsache, daß die Entwicklung von Recht und Gesetz gewöhnlich der Entwicklung des Lebens nachhinkt, ist ein Übel. Nicht eine statische, sondern eine dynamische Rechtsordnung wäre das Ideal. Ein starres Gesetz, das sich der Entwicklung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht anpaßt, ist tot;

---

1) Die **§§ 321, 610, 775 Z. 1 BGB.** gelten allgemein als Anwendungsfälle der clausula; doch damit ist eine grundsätzliche Anerkennung (deren Platz der allgemeine Teil des Schuldrechts wäre) nicht gegeben.

2) Vgl. z. B. Staudinger I Vorbem. 2 vor § 158; Warneyer, Komm. I § 157 VI, 1; Leonhard, Schuldrecht S. 418 (der alle unser Problem berührenden Lehren als „Inflations"-Lehren bezeichnet und nur für Dauergeschäfte in beschränktem Umfange eine clausula anerkennt).

wie eine Wissenschaft, die bei der Behandlung der Rechtsnormen kritiklos der Überlieferung folgt, wie eine Rechtsprechung, die sklavisch an einer Auslegung der Gesetze festhält, welche einem inzwischen eingetretenen Strukturwandel der Wirtschaft nicht gerecht wird und der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit widerspricht. Wir leben in einer Zeit, in der schöpferische und elastische Rechtsfortbildung, gerade auch im Wege der Rechtsprechung, nötiger sind denn je. Es ist deshalb zu begrüßen, daß nicht zuletzt in der Spruchpraxis des Reichsgerichts die Ansicht Boden gewinnt, daß auch die Sätze des Bürgerlichen Rechts nicht unwandelbar sind, daß namentlich ihre Bedeutung nicht ewig die gleiche ist und die Auslegung dem Entwicklungsprinzip Rechnung tragen muß. Mehr als früher wird anerkannt, daß auch außerhalb der Gesetze bindende Normen — durch Gewohnheitsrecht — entstehen und immer notwendig sein werden, da man wohl von einer Geschlossenheit der Rechtsordnung, von einer solchen des Gesetzes aber nur höchst selten sprechen kann. Über all diesem darf aber die Ordnungsfunktion des Rechts nicht vergessen werden, und selbst gigantische Veränderungen in Wirtschaft und Leben dürfen nicht an die der Rechtsordnung immanenten Prinzipien rühren. Zu diesen Grundprinzipien des Rechts gehört der Satz, daß die Rechtsprechung nur auf solche Normen sich stützen darf, die geltendes Recht sind, sei es, daß sie nach Wortlaut oder Sinn (Auslegung) im Gesetz enthalten sind oder seinem Geiste entsprechen (Treu und Glauben; Regelung nach billigem Ermessen), sei es, daß ständige Übung ihre Geltung begründet hat oder Verkehrssitte und Zeitgeist von Einfluß auf die Ausweitung des Gesetzes oder die veränderte Auffassung seiner Bestimmungen waren.

Wir können deshalb die Begriffe der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage nur dann als praktisch brauchbar anerkennen, wenn wir nachweisen, daß sie geltendes Recht sind. — Der Verfasser besitzt nicht die Anmaßung, das Problem, das den im Thema aufgeworfenen Fragen zugrunde liegt, im Rahmen dieser Arbeit lösen zu wollen, doch soll nach kurzem Überblick über Geschichte und Dogmatik der Begriffe versucht werden, an Hand der Lehren ihrer Begründer Voraussetzung und Geschäftsgrundlage gegeneinander abzugrenzen. Erst wenn wir Wesen und Unterschied der Begriffe erkannt haben, so wie ihre Begründer sie aufgefaßt wissen wollen, können wir nach kurzem Überblick über die Lehren der Nachfolger, nämlich Lochers, Rhodes und Krückmanns, welche die Begriffe zum Teil eingeengt, zum Teil ausgebaut oder

modifiziert haben, den Standpunkt des RG. betrachten, um schließlich als Kernpunkt der Arbeit zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und inwieweit wir die Begriffe im Rahmen des Bürgerlichen Rechts (das Völkerrecht kann dabei nur gestreift, anderes Recht gar nicht berücksichtigt werden) grundsätzlich anerkennen dürfen[3]). Aus dem Lauf der Untersuchung ergibt sich dann fast von selbst auch, in welcher Form wir sie als geltendes Recht ansprechen dürfen und welche Form de lege ferenda wünschenswert wäre. Die Frage nach der Rechtsfolge wird die Arbeit abschließen.

Da unser Problem an die allgemeinsten Fragen des Privatrechts und des Rechts überhaupt rührt, kann es nur im Zusammenhang mit diesem Fragenkomplex richtig gewürdigt werden, und wir werden deshalb einige Grundbegriffe der Vertragslehre zu erörtern haben. Da die Kernfrage selbst eine rechtsphilosophische ist, kann die letzte Antwort auch nur aus einer Stellungnahme zu den Hauptsystemen der Rechtsphilosophie gewonnen werden; wir werden deshalb insbesondere auch die Lehre vom Naturrecht und Stammlers Lehre vom richtigen Recht in den Rahmen unserer Erörterungen ziehen müssen und die letzte Erkenntnis aus der Beantwortung der Frage „Positivismus oder Freirecht?“ gewinnen.

3) Diese wichtigste Frage (die dogmatische Rechtfertigung oder der Nachweis der juristischen Qualität) wird von den meisten Schriftstellern nur recht dürftig oder unklar behandelt; manche begnügen sich damit, kurzerhand festzustellen, daß ohne die cl. r. s. st. (Voraussetzung, Geschäftsgrundlage) praktisch nicht auszukommen ist. Ein solches Argument kann natürlich nicht genügen.

I. Teil.

Voraussetzung und Geschäftsgrundlage.

1. Geschichtliche Entwicklung der Begriffe. — Ihre Stellung in Gesetz, Recht und Rechtsprechung.

§ 2.

Das Problem und seine Gestaltung in Einzelgesetzen.

Das Problem, welches beiden Lehren und auch der wohl ältesten und am häufigsten behandelten Lehre von der clausula rebus sic stantibus zugrunde liegt, ist schon sehr alt. Es handelt sich um das „Prinzip von der Berücksichtigung des wahren und tiefsten Parteiwillens“ [1]), um die Frage, ob der Satz pacta sunt servanda unter allen Umständen ohne Einschränkung gilt oder noch deutlicher ausgedrückt um die Frage, ob Unterstellungen einer oder beider Parteien, die für den Vertragsabschluß entscheidend oder mitentscheidend waren, aber nicht zur Bedingung gemacht sind (Voraussetzung und Geschäftsgrundlage), dann Berücksichtigung finden können, wenn sie sich nachher als falsch herausstellen, weil sie von vornherein nicht gegeben waren, und ob andererseits der Eintritt nachträglich veränderter Umstände, die nicht voraussehbar waren und an die die Parteien deshalb nicht gedacht haben (cl. r. s. st.), Einfluß auf den Bestand und die Wirksamkeit des Vertrages haben kann. In der Literatur wird das Problem unter den verschiedensten Bezeichnungen behandelt. Manche nennen es z. B. das Problem der überobligationsmäßigen Schwierigkeit, der Unerschwinglichkeit [2]) oder der „Nichtzumutbarkeit der Leistung“ [3]), andere haben es mit dem Problem der Unmöglichkeit der Leistung verknüpft [4]), worunter die rechtliche Behandlung arg gelitten hat.

---

1) Schmidt, Über die völkerrechtliche cl. r. s. st. usw., S. 18.
2) Crome, Arch. ziv. Prax. Bd. 115, S. 1 ff..
3) z. B. Nipperdey, Vertragstreue S. 8; Ackermann, Nichtzumutbarkeit der Leistung.
4) Vgl. die Lit. bei Nipperdey a. a. O. Anm. 8, bes. Kisch, Unmöglichkeit S. 12 ff.; Titze, Unmöglichkeit S. 2 ff..

Es taucht insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Umwälzungen und Krisen immer wieder auf [5]). Mit Recht weist Oertmann [6]) darauf hin, es sei kein Zufall, daß Windscheid sein Buch [7]) im Jahre 1850, also offenbar unter dem Einfluß der Folgen der Umgestaltungen des Jahres 1848, geschrieben habe; verständlich sei auch, daß unter den relativ gleichmäßigen Entwicklungstendenzen der Jahrzehnte nachher die Lehre keinen rechten Boden fassen konnte, daß aber die Ereignisse des Weltkrieges mit ihrer Umwertung aller wirtschaftlichen und politischen Faktoren das Problem wieder aktuell und geradezu zum Zentralproblem des Kriegs- und Nachkriegsrechts gemacht haben [8]). — In solchen Zeiten hat es auch in Nebengesetzen vereinzelt ausdrücklich oder in verschleierter Form schon Anerkennung gefunden [9]). Hieran sehen wir, daß die allen diesen Begriffen gemeinsame Idee, „daß ein starres Festhalten an der formalen Vertragstreue" — denn nicht auf diese kommt es an, sondern auf die innere Vertragstreue — „materiell die gröbsten Verletzungen von Treu und Glauben mit sich bringen und eine Partei ohne ihr Zutun und Verschulden dem vollen wirtschaftlichen Ruin preisgeben kann" [10]), daß das Problem selbst tief im Rechtsempfinden des Volkes verwurzelt und ein Bedürfnis für seine Anerkennung vorhanden ist.

---

5) Beispiele aus der Geschichte des Völkerrechts, die den Grundgedanken erkennen lassen, bei Schmidt a. a. O. passim.

6) Geschäftsgrundlage S. 138.

7) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung.

8) Vgl. auch Cohen, Die Windscheidsche Voraussetzung infolge des Krieges „rediviva" (J. W. 1916, S. 109 ff.) und Locher, Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 2.

9) Vgl. insbesondere aus der Notgesetzgebung der jüngsten Zeit die bei Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 141, 158 ff., Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit Anm. 59 angeführten unser Problem berührenden Gesetze und Verordnungen sowie die Besprechungen bei Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 171 ff.; Titze, Richtermacht S. 7 ff.. Bemerkenswert sind namentlich die freilich nicht immer begrüßenswerten Bestimmungen der preuß. Höchstmietenverordnung § 10 und der Pachtschutzordnung v. 9. VI. 1920 § 1 sowie die (inhaltlich sich davon unterscheidenden) Bestimmungen in den Verordnungen über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Beförderungspreisen der Eisenbahn usw. v. 21. II. 1920 § 1 (R. G. Bl. 1920 S. 255), von Preisen bei der Lieferung elektr. Arbeit, Gas und Leitungswasser v. 1. II. 1919 (R. G. Bl. 1919 S. 135), 11. III. 1920 (R. G. Bl. 1920 S. 329). Vgl. auch Reichsausgleichsgesetz v. 24. IV. 1920 §§ 55, 57 zur Ausführung v. Art. 296 Vers. Friedensvertrag (Abänderungsrecht und Aufhebungsrecht des Reichswirtschaftsgerichts bei Verträgen zwischen Deutschen und Angehörigen der früheren feindlichen Staaten), Art. 299 a, 299 b Abs. II Friedensvertrag (Entschädigung durch die gemischten Schiedsgerichte).

10) Oertmann, a. a. O. S. 138.

Aus der neueren Rechtsprechung [11]) verdient besondere Beachtung das viel umkämpfte aufsehenerregende Urteil des R. G. v. 21. Sept. 1920 [12]), zu dem fast alle Schriftsteller, die überhaupt mit unserer Frage befaßt waren, sich geäußert haben [13]). — Aus den Spalten der führenden Fachzeitschriften und dem Schrifttum der neueren Zeit spricht die brennende Aktualität unseres Problems [14]); der lebhafte Meinungskampf beweist das heiße Bemühen von Theorie und Praxis, die Lösung zu finden, das „Ringen um das richtige Recht in diesem Falle“ [15]).

§ 3.

Rechtssystematische Einordnung des Problems und die Stellung des römischen Rechts dazu.

Das Wesen des Rechtsgeschäftes besteht darin, daß die Wirkung der zu jedem Rechtsgeschäft gehörenden Willenserklärung deshalb eintritt, weil sie gewollt ist. Nun können „Rechtsgeschäfte kategorisch oder hypothetisch lauten. Sie können das Eintreten des rechtlichen Erfolges schlicht anordnen, sie können aber auch das Eintreten des Rechtserfolges in Abhängigkeit von einem ungewissen Umstande anordnen“ [1]). Damit haben die Parteien die Möglichkeit, die Regelung ihrer privaten Beziehungen unter Anpassung an den Fortgang der Ereignisse vorzunehmen (Bedingung). Es fragt sich, ob der rechtsgeschäftliche Erfolg auch von einem Umstand der Gegenwart oder Vergangenheit abhängig gemacht werden kann (Voraussetzung und Geschäftsgrundlage) und wie der dem Nichteintreten oder Wegfall der Bedingung analoge

11) Eine Zusammenstellung der Erkenntnisse des R. G. aus den Nachkriegsjahren, die sich mit unserem Problem beschäftigen, geben Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit Anm. 5 und später, Oertmann J. W. 1920, S. 476 ff.; über den Weg der Rechtsprechung vgl. Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 144.

12) R. G. Bd. 100, S. 129 ff. = J. W. 1920, S. 961 = L. Z. 1920, S. 953.

13) Vgl. die Lit. bei Titze, Richtermacht S. 5 Anm. 1, S. 32 Anm. 1, S. 35 Anm. 2, sowie insbesondere Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 145, 57, Krückmann J. W. 1920, S. 962, Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit Anm. 51, 52.

14) Vgl. außer dem in dieser Arbeit angezogenen Schrifttum die Nachweise bei Nipperdey a. a. O. Anm. 6, 4.

15) Nipperdey a. a. O. S. 6.

1) Henle, Unterstellung S. 7, unter Hinweis auf Bierlings Prinzipienlehre I, S. 76 ff..

Vorgang, daß eine Voraussetzung falsch war, eine Geschäftsgrundlage wegfällt — die Vertragsstörung, wie Stampe sagen würde [2]), — rechtlich zu behandeln ist.

Im römischen Recht gilt der Satz pactio est duorum pluriumve in idem placitum [et] consensus [3]); doch finden wir in den Institutionen und Pandekten bei den verschiedensten negotia, namentlich bei der Stipulation [4]) und den Legaten [5]) erwähnt, daß dieselben sowohl pure als in diem oder sub condicione abgeschlossen werden können [6]). Die beiden letzten Möglichkeiten bezeichnete man früher als adjectiones, quibus praestatio differtur [7]), Savigny aber schon faßte diese und den modus als „Selbstbeschränkungen des Willens" auf, ein Ausdruck, den Windscheid aufgegriffen hat. Eine Sonderbezeichnung für die Tatsache, daß die Rechtsfolge von einem Umstand abhängig gemacht wurde, der in der Vergangenheit oder Gegenwart liegt, kennt das römische Recht nicht, vielmehr nur die Ausdrücke condicio, causa, modus [8]); doch wird die condicio, quae in futurum confertur, als solche herausgehoben, quae potestatem condicionis optinet, während bei den übrigen stipulatio non suspenditur [9]). So bei Papinian in LL. 37—39 D. 12,1, insbesondere aber libro trigesimo septimo quaestionum nach L. 120 D. 45,1, wo von dem sermo, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, klar ausgesprochen ist: condicionem non facit. Ulpian aber sagt libro octavo disputationum nach L. 10 § 1 D. 28,7: „nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens".

Darauf fußend spricht man denn auch heute noch von der uneigentlichen Bedingung als von einer condicio in praesens vel in praeteritum collata. Auch die Voraussetzung ist nach Riezler [10]) und v. Tuhr [11]), sofern sie nicht die Bedeutung eines bloßen Motivs hat, eine solche condicio in praesens vel in praeteritum collata im Sinne des gemeinen Rechts. Windscheid dagegen glaubt an Hand der Rechtsquellen über die condictiones ob causam eine besondere Rechtseinrichtung der „Voraussetzung" feststellen zu

2) Richtlinien (Iher. Jahrb. Bd. 72).
3) D. 2, 14, 1, 2; vgl. auch D. 50, 12, 3 pr..
4) § 2 J. de V. O. 3, 15.; L. 213 D. de V. S..
5) L. 1 D. de Cond. 35, 1.
6) Vgl. hierzu Gradenwitz, Voraussetzung S. 1 ff..
7) Gradenwitz, a. a. O. S. 2.
8) Windscheid, Voraussetzung S. 41.
9) Vgl. Henle, a. a. O. S. 9.
10) Staud. (Riezler) I, Vorbem. 2 u. 3 vor § 158.
11) Der allgemeine Teil des BGB. II, 1, S. 199.

können, die er nicht uneigentliche, sondern unentwickelte Bedingung nennt [12]). Allgemein anerkannt ist demgegenüber nur, daß gewisse Kreditgeschäfte (mutuum) entsprechend unseren §§ 321, 610 BGB. als unter einer cl. r. s. st. abgeschlossen galten: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur: „si in eadem causa maneat" **(D. 46, 3, 38 pr.)** [13]).

§ 4.

Der Wirrwarr der Lehrmeinungen.

Der auch die Geschäftsgrundlage und die clausula mitumfassende — weil weitergehende — Begriff der Voraussetzung, den Windscheid in seiner gleichnamigen Schrift [1]) wenn nicht zuerst aufgestellt [2]), so doch zuerst wissenschaftlich näher begründet hat, wurde im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch weitgehend verwandt [3]); die gesetzliche Anerkennung wurde ihm jedoch unter dem Eindruck der Kritik besonders Lenels [4]) versagt.

Trotzdem wäre es natürlich möglich, wie Oertmann [5]) mit Recht hervorhebt, sachlich die Voraussetzung anzuerkennen, da die Existenz eines Rechtsbegriffes nicht von der ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung abhängig ist. Ob die Annerkenung möglich ist, das zu untersuchen, ist ja gerade die Aufgabe dieser Arbeit. — Doch abgesehen davon, daß zum Teil die Begriffe auch heute noch überhaupt abgelehnt werden [6]), herrscht, wie schon oben betont, auch unter den Schriftstellern, die sich zu ihm bekennen, ein derartiger Streit der Meinungen, daß man bis heute noch nicht allgemeingültig sagen kann, was darunter zu verstehen und wie er zu gebrauchen ist. In der Literatur werden die Begriffe „Beweg-

---

12) Nähere Darlegung der Lehre Windscheids in § 6 unten.

13) Vgl. außerdem Seneca, De beneficiis liber IV, c. 35: omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas und Cicero, De officiis liber I c. 10.

1) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung.

2) Vorläufer s. Pfaff, die Clausel r. s. st. S. 292.

3) E. 1. § 742: „Wer unter der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung des Eintritts oder Nichteintritts eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern".

4) Arch. ziv. Prax. Bd. 74, S. 213 ff., Bd. 79, S. 49 ff.; dagegen wieder Windscheid Bd. 78, S. 161 ff..

5) Komm. I, Vorbem. 1 d vor § 158.

6) Vgl. oben § 1 Anm. 2.

grund", „Geschäftsgrundlage", „Bedingung", „Voraussetzung", „Geschäftszweck" und ähnliche oft wahllos durcheinander gebraucht; eine Verwertung aller drei Begriffe in einer Definition finden wir z. B. bei Böckel [7]), nach dem die cl. r. s. st. darin zu finden ist, daß bei allen gegenseitigen Verträgen stillschweigend vorausgesetzt sei, daß nicht nach Vertragsabschluß und vor Erfüllung eine wesentliche Veränderung der Vertragsgrundlage eintrete, die entschuldbarerweise bei Vertragsabschluß nicht in Rechnung gestellt worden sei. Auch Endemann [8]), nach dessen Lehre „jedem auf längere Zeitdauer abgestellten Lieferungsversprechen die cl. r. s. st. innewohnt, wenigstens insoweit, als darin der gesunde Rechtsgedanke steckt, daß ein Versprechen nicht mehr Geltung haben soll, wenn die vertragsmäßigen Grundlagen und konsentierten Voraussetzungen völlig verändert sind und eine sinngemäße Erfüllung nicht mehr gestatten" [9]), vermengt die Begriffe. Man spricht von Irrtum im Motiv und meint die falsche Voraussetzung, verwechselt die mangelnde Geschäftsgrundlage mit dem beiderseitigen Irrtum [10]) und diesen selbst wieder mit der beiderseitig falschen Voraussetzung. Ja man stellt sogar clausula rebus sic stantibus und Geschäftsgrundlage auf eine Stufe und kommt so über die Gleichung Geschäftsgrundlage Voraussetzung zu der Voraussetzung cl. r. s. st. [11]) und was der Meinungen mehr sind [12]) [13]). Da es um den Begriff der Geschäftsgrundlage ähnlich bestellt ist [14]), erscheint es also, bevor

7) Böckel, clausula S. 47.

8) Endemann, J. W. 1921, S. 8.

9) Auch das R. G. verfällt oft in diesen Fehler, die Ausdrücke wahllos nebeneinander und durcheinander zu gebrauchen (z. B. R. G. Bd. 103, S. 328, Bd. 106, S. 8 und früher schon in der Entscheidung Bd. 21, S. 180, welche die Überschrift cl. r. s. st. trägt, aber im Sachregister als Voraussetzung angeführt wird).

10) z. B. Staud. I § 119 VII c; Löwenwarter, Wegweiser, S. 15 f..

11) Oertmann selbst z. B. hält die Begriffe nicht auseinander, vgl. unten § 8, Anm. 5 u. 13; s. auch Leonhard, Schuldrecht S. 414 ff..

12) Nach Keßler z. B. (Soergel = Keßler BGB. I Vorbem. 1 vor § 158) handelt es sich um eine „nicht zur Bedingung erhobene Vorstellung", die also rechtlich irrelevant ist, die aber als stillschweigende Bedingung Vertragsbestandteil sein kann. Vgl. auch die Ansichten Riezlers und v. Tuhrs oben § 3 Anm. 10 u. 11.

13) Über die Lehren der Hauptvertreter nach Windscheid (Krückmann, Rhode) s. unten § 10 S. 30 ff..

14) Hauptvertreter sind neben Oertmann: Locher, Krückmann, Rhode. Jeder von ihnen sieht die Geschäftsgrundlage in einer anderen Variation, alle bringen verschiedene Begründungen; näheres unten § 10 (S. 30 ff.). Vor Oertmann sprechen schon von „Vertragsgrundlage" Haußmann (J. W. 1915, S. 634), und v. Tuhr (L. Z. 1921, S. 156); Crome (Arch. ziv. Prax. Bd. 115, S. 38) spricht bei Konzessionsverträgen von einer „Tarifgrundlage".

wir die Frage, ob eine Anerkennung möglich ist, stellen können, dringend notwendig, wenn wir überhaupt irgend eine der behandelten Rechtseinrichtungen praktisch verwerten wollen, diese begrifflich klar gegeneinander abzugrenzen.

§ 5.

Geschichtliche Entwicklung und Überblick über die Stellung der behandelten Rechtseinrichtungen in der deutschen und fremden Gesetzgebung früher und heute.

Wenn nicht im römischen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch, so ist doch in anderen Gesetzen früher und heute auf unser Problem oft deutlich Bezug genommen worden und dieses — besonders in der Form der clausula — mehr oder weniger anerkannt worden. Nach dem römischen Recht und vor Windscheid finden wir Anklänge an die behandelten Begriffe schon bei den Glossatoren und Kommentatoren. Pfaff [1]) weist nach, daß als allgemeine Regel die clausula — der älteste unserer Begriffe und nach Pfaff [2]) die früheste Gestaltung der Voraussetzung — den Römern fremd war, daß aber schon die Glossatoren und ihnen folgend die Kommentatoren mit der Ausbildung eines entsprechenden Instituts begonnen haben. Die clausula finden wir dann wieder in den Glossen zum Kanonischen Recht [3]), zum Decretum Gratiani und Liber Extra. Bei den Postglossatoren gewinnt sie im 14. Jahrhundert große Bedeutung; Baldus wandte sie auf alle promissiones an, bis schließlich Jason und Tiraquellus [4]) lehrten, sie wohne jedem Vertrage inne, eine Ansicht, die später das ganze 18. Jahrhundert beherrschte. Unter dem Einfluß des Naturrechts bildete die ältere gemeinrechtliche Theorie sie, gestützt auf D. 46, 3, 38 pr., als Generalklausel aus. Gegen sie wandte sich Pufendorf und namentlich Hugo Grotius, der sie nur als Vertragsbestandteil anerkennen wollte, wenn erkennbar sei, „statum rerum praesentem in unica illa ratione inclusum esse“ [5]).

Unser Problem aber blieb lebendig und fand zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus als clausula Ein-

1) Die Clausel r. s. st. S. 225 ff..
2) a. a. O. S. 296.
3) Vgl. zum folgenden auch Fritze, clausula S. 29.
4) Vgl. die Zitate bei Pfaff a. a. O. S. 228, 229.
5) De iure belli ac pacis, liber II, caput XVI, § 25, 2. Weniger kraß klingen schon die Stellen a. a. O. II, cap. XVI, § 27, 1—3 (Billigkeitserwägungen!).

gang in das Bayerische Landrecht von 1756 [6]), als der Geschäftsgrundlage ähnliche Einrichtung in die österreichische Gesetzgebung [7]). Ausdrücklich ablehnend spricht sich gegen die Voraussetzung das preußische Allgemeine Landrecht aus [8]); es erkennt jedoch eine Art Geschäftsgrundlage in beschränkter Form als Rücktrittsmöglichkeit wegen Vereitelung des Endzweckes an [9]). Der Code civil nimmt ebenso wie das Sächsische BGB. eine ähnliche Stellung ein, insofern als in beiden Gesetzbüchern in Einzelfällen ein unseren Begriffen ähnliches Rechtsinstitut anerkannt wird [10]); ebenso die schweizerischen Gesetzbücher [11]) [12]). Im englischen Recht begegnet uns die beiderseitige Voraussetzung [13]) und der der Geschäftsgrunglage verwandte Ausdruck „f o u n d a t i o n“ [14]). Von den neueren Kodifikationen sei erwähnt der Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil v. 1. I. 1916, in dem es heißt: „Ein irriger Beweggrund macht die Rechtshandlung nur dann fehlerhaft, wenn er a l s b e s t i m m e n d e U r s a c h e o d e r in Form einer Bedingung zum A u s d r u c k kommt“ [15]); hier wäre also im Wege der Auslegung Raum für die Anerkennung der Voraussetzung. —

---

6) C. IV c 15 § 12: „Da alle Verbindungen die clausula rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so . . .“

7) Vgl. namentlich den § 901 des alten österr. BGB. v. 1812. § 936 beschränkt die Anwendung der Klausel auf Vorverträge. (Ausführlich über die österr. Gesetzgebung Pfaff a. a. O. S. 297 ff.).

8) A. L. R. § 145 I, 4: „Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Tatsache als eine solche, die entweder schon geschehen ist oder noch geschehen soll, bloß v o r a u s g e s e t z t, so ist sie nur als Beweggrund anzusehen“.

9) Vgl. §§ 377—380 I, 5 u. bei einzelnen Vertragstypen (Enn.-Lehm. II § 41 I ordnen diese Fälle der cl. r. s. st. unter).

10) A l l g e m e i n unterlegt der C o d e c i v i l Art. 1184 bei gegenseitigen Verträgen die Klausel für den Fall, das l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Darüber hinaus ist ihm die allgemeine Klausel unbekannt, vgl. Zachariä-Crome Bd. II, S. 254 Anm. 4; s. aber Bd. IV, S. 519!

11) Schw. Obligationenrecht Art. 24 Nr. 4, Art. 25.

12) Die **Rechtsprechung** der Schweiz, Italiens, Oesterreichs, Englands und Frankreichs schwankt wie die unsrige; sie verhält sich jedoch im allgemeinen ablehnend gegenüber der clausula und Voraussetzung (vgl. die Entscheidungen in Rhein. Zeitschr. f. Ziv. und Zivilprozeßrecht 1924, S. 117 und Eickemeyer in Gruch. Bd. 66, S. 129 ff., außerdem Bielschowsky, clausula S. 17 ff.).

13) Vgl. Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, I, 1, S. 523.

14) Vgl. Eickemeyer, Gruch. Bd. 66, S. 131; Lenel, J. W. 1924, S. 31 (Buchbesprechung).

15) Allgemeiner Teil, III Art. 90: „Só vicia o acto a falsa causa, quando expressa como r a z ã o d e t e r m i n a n t e o u sob fórma de condição“ (Abgedruckt in Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. III, herausgeg. v. Heinsheimer. 1928).

Wir schließen diesen Abschnitt mit einem Zitat aus den **Motiven** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in dem zum Ausdruck kommt, daß, obgleich in das BGB. nur der Begriff der clausula rebus sic stantibus ausdrücklich als Sondervorschrift in den §§ 321, 610, 775 Z. 1 Eingang gefunden hat, doch der Gesetzgeber darüber hinaus eine Berücksichtigung des Parteiwillens noch eindringlich empfiehlt:

„Die Ablehnung der clausula rebus sic stantibus schließt jedoch die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht aus, ob nicht nach der Ansicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder der anderen Partei zustehen soll“ [16]); — und das Reichsgericht fügt hinzu —: wobei auf den Satz von Treu und Glauben, auf Handelsverkehrsgewohnheit usw. Rücksicht zu nehmen ist [17]).

2. Die Begriffe nach den Lehren ihrer Begründer.

§ 6.

Windscheids Lehre von der Voraussetzung.

Die Voraussetzung ist nach Windscheids Lehre [1]) eine **„unentwickelte Bedingung“** [2]), die dieser einerseits zu den Selbstbeschränkungen des Willens zählt, andererseits in die Lehre vom Haben ohne Grund verweist [3]). Aus der Selbstbeschränkung des Willens leitet er dann für den Erklärenden im Falle des Nichtzutreffens des vorausgesetzten Umstandes eine exceptio oder condictio ab [4]), und zwar deshalb, weil infolge der Zwiespältigkeit des Erklärerwillens die Rechtsfolgen nicht seinem „eigentlichen“, sondern nur seinem „wirklichen“

16) Mot. II, S. 199.

17) R. G. Bd. 50, S. 258; Bd. 60, S. 56 ff.; J. W. 1905, S. 168.

1) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung; dagegen zuerst Lenel, Arch. ziv. Prax. Bd. 74, S. 213 ff.; hiergegen wieder Windscheid Bd. 78, S. 161 ff., den daraufhin Lenel im Arch. ziv. Prax. Bd. 79, S. 49 ff. noch einmal angreift. — Vgl. auch Windscheid-Kipp, Pand. §§ 97 ff., wo § 97 Anm. 1 über den Stand der Lehre bis zum Jahre 1906 eingehend referiert wird. — Von den dort zit. frühen Anhängern Windscheids seien erwähnt: Unger, Oesterr. Erbrecht § 13, 3; § 18, 1; Bähr, Die Anerkennung S. 15, 62; Leonhard, Irrtum S. 243 ff.; Kohler, Lehrbuch I, S. 570 ff.; von den Gegnern wären neben Lenel besonders zu nennen: Wendt, Reuerecht und Gebundenheit I, S. 19 ff.; Gradenwitz, Voraussetzung S. 45; Dernburg, Pand. I, § 115 a. E. und Kipp selbst a. a. O.. Teilweise anerkennend: Bekker, Pand. II § 118 und besonders § 119. — Über den jetzigen Stand der Lehre vgl. oben § 4 und unten §§ 9—11.

2) Voraussetzung S. 1.

3) a. a. O. S. 3.

4) a. a. O. S. 58 ff., Arch. ziv. Prax. S. 166 f..

Willen entsprechen [5]). Wesentlich ist dabei, daß aus seiner Willenserklärung objektiv erkannt werden konnte, daß hinter dem „wirklich" erklärten Willen ein nicht erklärter eigentlicher Wille stand, m. a. W. daß der qualifizierte Beweggrund — wie Windscheid seinen Begriff auch wohl nennt [6]) — dem Gegner als Voraussetzung erkennbar war [7]).

1. Windscheid suchte nach dem Grund für die condictiones sine causa, insbesondere die condictio indebiti und condictio ob causam datorum; dieser ist nach seiner Überzeugung eine Selbstbeschränkung des Willens, auf welcher das Haben des Beklagten beruht. Da man diese Selbstbeschränkung jedoch nicht als Bedingung und noch weniger als Befristung auffassen darf und da der modus nur eine Erscheinungsform derselben ist, ergab sich für ihn die Notwendigkeit, eine neue Art der Selbstbeschränkungen des Willens neben Bedingung und Befristung und an Stelle des modus zu setzen, für welche er die Bezeichnung „Voraussetzung" wählte [8]).

Er sucht seine Lehre dadurch zu begründen, daß er im § 2 seiner Schrift [9]) eine Zusammenstellung der Quellenstellen gibt, in welchen nach seiner Ansicht einer Willenserklärung wegen mangelnder Voraussetzung die Wirksamkeit abgesprochen wird [10]), ist sich jedoch dabei bewußt, daß das, was er Voraussetzung nennt, in den von ihm angezogenen Quellenstellen einmal conditio, zum anderen causa oder modus genannt wird, daß sich ein technischer Ausdruck für „Voraussetzung"

---

5) a. a. O. S. 2 ff..

6) a. a. O. S. 7.

7) a. a. O. S. 83, S. 6.

8) Voraussetzung S. V (Vorwort), S. 1. — Auf die Klausel geht Windscheid in seiner Lehre nicht ein. Eine kurze Darstellung darüber, wie seine Lehre sich zu dem verhält, was vor ihr war, gibt er am Schluß seiner „Voraussetzung" S. 208 ff., wo er auch auf Savignys ausnahmsweise zu berücksichtigenden Irrtum im Beweggrunde zu sprechen kommt.

9) S. 11—41.

10) Eine eingehende Besprechung und Interpretation aller von Windscheid angezogenen Quellenstellen finden wir bei Gradenwitz, Voraussetzung S. 10 ff. — der freilich in seiner Exegese den Nachweis zu erbringen versucht, daß W.'s Lehre falsch und unbegründet ist —; vgl. auch Hipp, Rückforderung S. 24 ff.. Wir können deshalb im Rahmen dieser Arbeit auf eine nähere Auseinandersetzung damit, die auch außerhalb unseres Themas läge, verzichten. Für die Frage, ob wir heute die Voraussetzung anerkennen können, ist es gleichgültig, ob die Deduktion W.'s aus dem römischen Recht richtig ist und einer Kritik standzuhalten vermag; denn diese Frage hat — wie auch Locher Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 2 Anm. 7 hervorhebt — nur noch historisches Interesse.

in ihnen nicht findet [11]). — Er kommt schließlich zu dem Ergebnis: „modus bezeichnet Etwas, was (in der Regel) Voraussetzung ist, aber es bezeichnet es nicht als Voraussetzung, causa bezeichnet Etwas, was Voraussetzung sein kann, ohne es an und für sich zu sein, aber es bezeichnet es nicht selten als Voraussetzung, conditio bezeichnet im Allgemeinen, daß der Wille von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig sei, und ist auch da nicht ausgeschlossen, wo derselbe an eine Voraussetzung gebunden ist“ [12]).

Die Voraussetzung hat mit der Bedingung [13]) gemein [14]), daß sie das Rechtsverhältnis, welches durch die Willenserklärung begründet wird, von einem gewissen Zustande abhängig macht [15]). Der Erklärende macht jedoch nicht die Existenz des Rechtsverhältnisses davon abhängig, sondern begründet es schlechthin [15]). Wer nämlich etwas voraussetzt, nimmt dessen Wirklichkeit an und macht darum das Eintreten der als gewollt bezeichneten Rechtsfolge nicht von der Wirklichkeit des vorausgesetzten Umstandes abhängig [16]); er sagt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht — [17]). Wer dagegen eine Willenserklärung unter einer Bedingung abgibt, geht von der Ungewißheit des in der Bedingung bezeichneten Umstandes aus und will eben deshalb, daß die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge nur für den Fall der Wirklichkeit des Umstandes eintreten solle [18]); er sagt: ich will (nur dann), wenn — [19]). Das durch die Willenserklärung begründete Rechtsverhältnis besteht deshalb, wenn der vorausgesetzte Zustand der Dinge nicht ist, oder nicht eintritt,

---

11) a. a. O. S. 41—58.
12) a. a. O. S. 58.
13) Kurz sei das Wesen der Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts dargelegt: Wer unter einer Bedingung erklärt, erklärt, daß seine Erklärung nur beim Eintritt eines künftigen ungewissen Umstandes wirksam werden (Suspensivbedingung) oder bleiben soll (Resolutivbedingung); bei der Befristung soll die Erklärung erst von einem gewissen Zeitpunkte an (aufschiebende Befristung, dies a quo) oder nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte (auflösende Bedingung, dies ad quem) wirken; eine Auflage (modus) bedeutet, daß der durch die Willenserklärung Begünstigte seinerseits eine Leistung bewirken soll. Zu unterscheiden ist dabei: die Bedingung hemmt, aber zwingt nicht; die Auflage zwingt, aber hemmt nicht. — Vgl. auch D. 35, 1; D. 28, 7 sowie die Ausführungen oben § 3 u. Gradenwitz, Voraussetzung S. 3 ff..
14) Hiermit ist nur die Richtung bezeichnet, nach welcher sich die Voraussetzung bewegt (Arch. ziv. Prax. Bd. 78, S. 195).
15) Voraussetzung S. 1.
16) Arch. ziv. Prax. Bd. 78, S. 163.
17) a. a. O. S. 195.
18) a. a. O. S. 163.
19) a. a. O. S. 195.

oder aufhört zu sein [20]) [21]), zwar formell zu Recht, materiell aber ohne rechtfertigenden Grund, es besteht nicht ohne und doch gegen den Willen des Erklärenden [21]), entspricht zwar seinem wirklichen, aber nicht seinem eigentlichen Willen [21]) [22]). Die Voraussetzung ist demnach nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde [23]).

Wenn man deshalb unter Beweggrund jedwedes Moment verstehen will, welches bei einer Willenserklärung von dem Erklärenden in Betracht gezogen worden ist, so ist die Voraussetzung nur ein besonders qualifizierter Beweggrund [24]); versteht man unter Beweggrund aber dasjenige, was den ersten Anstoß gegeben hat, so muß man sagen, daß ebensowenig jede Voraussetzung Beweggrund ist, wie jeder Beweggrund Voraussetzung [24]).

Die Voraussetzung hat auch Berührungspunkte mit der Lehre vom Haben ohne Grund, denn wer etwas aus einer Willenserklärung hat, deren Voraussetzung nicht gegeben ist, hat es ohne Grund; die gegen ihn begründete Klage ist daher eine condictio [25]). Ebenfalls hat die Voraussetzung Geltung, wenn der Zweck einer Zuwendung nicht erreicht wird; die Zuwendung ist nämlich für diesen Fall nicht gewollt, weil niemand sie ohne einen Zweck will [26]).

2. An den Mangel der Voraussetzung knüpft Windscheid die Unwirksamkeit der Willenserklärung [27]). Derjenige, welcher die Willenserklärung abgegeben hat, kann sowohl Schutz gegen die Geltendmachung derselben, als Wiederaufhebung der durch sie in seiner Vermögenslage bereits

---

20) Hierin kommt schon zum Ausdruck, daß die Voraussetzung auf ein Vergangenes, ein Gegenwärtiges oder ein Zukünftiges gehen kann; sie kann ferner ein Sein oder ein Nichtsein betreffen, auf ein Ereignis oder einen Zustand, auf ein von der menschlichen Freiheit Unabhängiges oder davon Abhängiges gehen (vgl. Voraussetzung S. 10).

21) Voraussetzung S. 2.

22) Bekker schlägt hierfür den Ausdruck „gefälschter Wille" vor (Pand. II § 119, e). Er sagt: „Voraussetzungen eines geschäftlichen Willens heißen wir dasjenige denken und meinen des Wollenden bezüglich auf das was ist und das was geschehn ist („annemen"), sowie auf das was ist und was geschehen wird („erwarten"), ohne welches er diesen Willen nicht gefaßt haben würde. Also ergibt die falsche Vorstellung auch einen gefälschten Willen" (a. a. O.).

23) a. a. O. S. 7.

24) Voraussetzung S. 7.

25) Voraussetzung S. 3.

26) Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 174 ff.; eine Ausnahme liegt nach Windsch. auch nicht in der Schenkung (a. a. O. Anm. 26).

27) Voraussetzung S. 58 ff..

eingetretenen Veränderung verlangen, das erste mit einer doli exceptio, das letztere mit einer condictio[28]).

Den Mangel einer Voraussetzung braucht jedoch nur der gegen sich gelten lassen, dem diese Beschränkung des Willens als eine erkennbare entgegengetreten ist[29]). In welcher Weise aber derjenige, welcher die Willenserklärung geltend macht (sich darauf beruft), diese Kenntnis erlangt hat, ob er sie aus der Willenserklärung selbst oder nur aus den begleitenden Umständen geschöpft hat, ist an und für sich gleichgültig[30]); die Voraussetzung braucht also nicht ausdrücklich hervorgehoben und als solche gekennzeichnet worden zu sein, damit man sich darauf berufen kann, sie kann auch stillschweigend erklärt sein[31]). Ob sie im Einzelfalle genügend erkennbar hervorgetreten ist, ist quaestio facti und im Wege der Auslegung festzustellen[32]). Bei der stillschweigenden Voraussetzung ist jedoch äußerste Vorsicht geboten, weil sonst eine leichtsinnige Rechtsanwendung die Verkehrssicherheit beeinträchtigen könnte[33]).

Die Partei hat bei Ermangelung der Voraussetzung immer die Möglichkeit, darzutun, nach dem Inhalt der Willenserklärung sei nicht anzunehmen gewesen und auch der Erklärungsgegner habe nicht annehmen dürfen, daß die Leistung oder Verpflichtung schlechthin gelten solle, also auch für den vorliegenden Fall[34]). Namentlich aber kann, wie schon erwähnt, in der Bezeichnung des Zwecks einer Willenserklärung der Ausdruck einer Voraussetzung liegen. Daneben tritt sie regelmäßig in der „ersten Absicht“[35]) zutage, in der Absicht, vor der keine anderen stehen, denn diese Absicht entläßt den Willen, den sie erzeugt hat, nicht aus ihrer

28) Vgl. vorige Note.

29) a. a. O. S. 83, S. 6; eine Einschränkung gilt bei Willenserklärungen auf den Todesfall, weil diese nur dazu bestimmt sind, das Schicksal des Vermögens nach dem Tode zu ordnen (S. 83 f.).

30) Voraussetzung S. 83.

31) Voraussetzung S. 80 ff., S. 108 ff. (bes. S. 109 oben), Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 197.

32) a. a. O. S. 84, S. 144; Arch. ziv. Praxis. Bd. 78 S. 181.

33) a. a. O. S. 109.

34) Voraussetzung S. 108.

35) „Indem man Zweck sagt, bezeichnet man das durch die Willenserklärung zu erreichende. Der Ausdruck Absicht bezeichnet den entsprechenden Vorgang in der Seele des Urhebers der Willenserklärung, er sieht auf das zu erreichende hin. Durch dieses Hinsehen wird er zu der Willenserklärung bestimmt. Man kann daher auch vom Grund der Willenserklärung reden“ (Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 168). So kann denn auch ein einseitiges Motiv durch seine Erkennbarkeit für die andere Partei die Wirkung einer Willensbeschränkung (Voraussetzung) erhalten (Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 198; Voraussetzung S. 139).

Abhängigkeit; dieser Absicht gegenüber stellt der Wille sich nicht als selbständig hin, weil er durch sie erst lebensfähig wird. Vorher ist nur ein Schatten vorhanden, eine Vermögensaufopferung in abstracto, „ein Ding, das gewiß nicht gewollt ist — und doch gewollt ist, — wirklich gewollt ist, aber nicht eigentlich. Wer aber nicht leugnen kann, daß ihm in einer ersten Absicht geleistet ist, kann auch nicht leugnen, daß ihm unter der Voraussetzung ihrer Erreichung geleistet ist“ [36]). „Erste Absichten“ sind nicht nur animus donandi, obligandi (credendi), solvendi, sondern ihre Zahl ist unerschöpflich wie das Leben, welches immer wieder neue „erste Absichten“ schafft; in den Quellen finden wir unter anderen noch die Beispiele: Absicht, eine dos zu bestellen [37]), eine arrha zu geben, einen Rechtserwerb zu machen [38]). „Sobald es feststeht, daß eine Leistung in einer bestimmten ersten Absicht, mit Auferlegung einer Verpflichtung gemacht worden sei, steht es auch fest, daß sie unter der Voraussetzung der Erreichung dieser Absicht, der Erfüllung dieser Verpflichtung gemacht worden sei“ [39]); denn die erste Absicht ist Bestandteil des Willens [40]).

3. Daß die gesetzgeberische Einordnung der Voraussetzung nicht leicht ist, gibt Windscheid selbst zu [41]); er machte jedoch den **Vorschlag,** sie in **folgender Fassung** in das Bürgerliche Gesetzbuch zu übernehmen:

---

36) Voraussetzung S. 88.

37) Auch hier ist wieder die letzte Entscheidung eine Auslegungsfrage: „Wenn dem Manne vor der Ehe eine Sache zur dos gegeben wird, so kann der Geber gewollt haben, daß er sogleich, er kann aber auch gewollt haben, daß er erst mit dem Abschluß der Ehe Eigentümer werden solle. In jenem Falle hat er unter einer Voraussetzung, in diesem unter einer Bedingung gegeben (Voraussetzung S. 146).

38) a. a. O. S. 89, S. 98 ff. — Ein Beispiel dafür, wann eine erste Absicht nicht vorliegt, gibt Windsch. Voraussetzung S. 94: „Wenn jemand, der sich irrig für den Schuldner des A. hält, um sich von ihm zu liberiren, dessen Schuld an den B. tilgt, so kann er das dem B. Geleistete nicht zurückfordern. Denn die erste Absicht, in der er dem B. geleistet hat, war, dessen Forderung gegen den A. zu tilgen, und diese ist erreicht; die nichterreichte, sich von dem A. zu liberiren, ist erst die zweite. In der Tat die erste ist sie für die dem A. durch die Befriedigung seines Gläubigers gemachte Leistung; und gegen den A. ist daher auch ein Rückforderungsrecht begründet“.

39) a. a. O. S. 108.

40) a. a. O. S. 109.

41) Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 199.

„Wer bei einer Willenserklärung an den Tag legt, daß er sie nicht abgeben würde, wenn er nicht von einer bestimmten Annahme (oder: Annahme oder Erwartung) ausginge, ist an die Willenserklärung nicht gebunden, wenn sich die Annahme (Erwartung) nicht bewährt“ [42]).

Diese Formulierung („an den Tag legt“) wählte Windscheid, um es dem Gesetzgeber bzw. der Wissenschaft zu überlassen, ob auch eine stillschweigende Voraussetzung anzuerkennen sei; er vermeidet das Wort Voraussetzung, damit nicht etwas als Voraussetzung behandelt werden kann, was Voraussetzung im Rechtssinne (= Willensbeschränkung) nicht ist [43]), damit auch deutlich wird, daß die bloße Mitteilung eines Motivs zur Begründung der Voraussetzung nicht genügt, sondern daß das Motiv als Willensbeschränkung erkennbar sein muß [44]). — Was aus diesem Vorschlag im Entwurf und im Bürgerlichen Gesetzbuch geworden ist, sahen wir oben [45]).

§ 7.

Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage.

Die Geschäftsgrundlage ist nach Oertmann [1]), der in seiner so betitelten Schrift 1921 den Begriff zuerst eingehend behandelt hat [2]), „die beim Geschäftsabschluß zu Tage tretende und vom jeweiligen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete **Vorstellung** eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, **auf deren**

42) a. a. O. S. 200 f..
43) a. a. O. S. 201, 200.
44) Arch. ziv. Prax. S. 198.
45) Vgl. §§ 1, 4 u. 5 (am Ende).

1) Die Geschäftsgrundlage; ein neuer Rechtsbegriff; Komm. Vorbem. zu § 158; Art. Geschäftsgrundlage im Handwörterb. der Rechtswissenschaft; Arch. ziv. Prax. Bd. 117 S. 279; J. W. 1921 S. 1512 ff..

2) Zu den Anhängern Oertmanns kann man neben den Schriftstellern, die seinen Begriff nur begrenzt oder erweitert anerkennen — wie Locher, v. Tuhr (L. Z. 1921 S. 153; Allgem. Teil des Schweiz. Obligationsrechts I S. 260); Krückmann (J. W. 1921 S. 740, 1922 S. 704; Jher. Jahrb. Bd. 75 S. 1 ff.) — und seinen Vorläufern (vgl. oben § 4 Anm. 14) Lehmann (Allgem. Teil, 3. Aufl. 1928 S. 259), Ewald (Gruch. Bd. 66 S. 534 ff.), Manigk (J. W. 1927 S. 3001 ff.) und Staudinger (Riezler) I, (Anm. VII c zu § 119) zählen. — Seine Gegner sind u. a. Lenel (Arch. ziv. Prax. Bd. 123 S. 169 u. J. W. 1924 S. 30), Rhode (Arch. ziv. Prax. Bd. 124 S. 257 ff.), Leonhard (Schuldrecht S. 416), Kiehl (Gruch. Bd. 66 S. 147 ff.), Enn.-Lehmann (Bd. II § 41, S. 144), Stampe (Jher. Jahrb. Bd. 72 S. 381), R. G. R. Komm. (Anm 2 zu § 119) und mit besonderer Schärfe Henle, Unterstellung (S 17 ff.). — Über den Standpunkt der Praxis siehe oben § 5 Anm. 17 und unten § 11.

Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut" [3]). — Für den Fall, daß die so umrissene „Geschäftsgrundlage" wider Erwarten der Partei nicht besteht oder wegfällt, soll dem Betreffenden ein Widerrufs- oder Rücktrittsrecht zustehen, das seine Stütze hauptsächlich im § 242 BGB. findet [4]).

1. Oertmann hat zuerst in seiner umfassenden, 1914 erschienenen Abhandlung „Rechtsordnung und Verkehrssitte" [5]) unser Problem behandelt, jedoch damals der Klausel dadurch zur Anerkennung verhelfen wollen, daß er lehrte, sie sei auf Grund des § 157 BGB. im Wege der Willensergänzung als stillschweigend beigefügt hinzuzudenken [6]). Gegen diese fiktive Fälschung des Parteiwillens im Wege der konstruktiven und hypothetischen Ergänzung eines Vertrages wendet er sich jedoch ganz entschieden in seiner neuen Schrift und will jetzt die Anerkennung der „Geschäftsgrundlage" — die man allerdings im Einzelfalle auch im Wege der Auslegung erkennen könne —, nicht auf Willens-, sondern auf Gesetzeswirkungen zurückführen [7]).

Er beginnt mit der Feststellung, daß der rechtspolitische Grund für die Kondiktionen des römischen sowie für die Bereicherungsansprüche des Bürgerlichen Rechts einzig und allein die Grundlosigkeit des eingetretenen Erwerbs, der Mangel des rechtlichen Grundes ist; die Grundlage sei deshalb eine rein objektive, das Vorhandensein einer causa ein ein für allemal gegebenes Erfordernis jedweden Zuwendungsaktes, ein essentiale, nicht — wie Windscheids Voraussetzung — ein accidentiale negotii [8]). Möglich sei aber, daß mit dem Kausalakt ein anderweitiger, außerhalb seines eigenen Begriffs liegender Rechtszweck verfolgt werde; z. B. causa der einzelnen im Kaufvertrage übernommenen Leistungen sei der Kaufvertrag, causa des Kaufvertrages aber sei vielleicht die Tilgung der auf seinen Abschluß gerichteten Verpflichtung. Wenn diese jedoch tatsächlich nicht vorhanden sei oder wegfalle, versage die condictio, obgleich zwar nicht die Verpflichtung aus dem Kaufvertrage, aber dieser selbst seinen Rechtsgrund verliere. Hier könne nur ein Rücktrittsrecht wegen fehlender Voraussetzung oder Vertragsgrundlage zum Ziele führen und Abhilfe schaffen, dies beweise schon

3) Geschäftsgrundlage S. 37.
4) a. a. O. S. 155 ff., besonders S. 161; Komm. Vorbem. If vor § 158, 2. Abs..
5) Vgl. namentlich S. 201 ff..
6) a. a. O. S. 170 ff. und S. 151 ff..
7) Geschäftsgrundlage S. 131, 129, 133 f., 135.
8) Geschäftsgrundlage S. 15 ff..

der Fall der L. 5 § 1 Dig. 19, 1. Wer auf Grund einer angenommenen Verpflichtung zum Vertragsschluß diesen vornehme, der bekunde damit in aller Form, daß dies die Grundlage des Vertragsabschlusses sei; das sei aber kein lediglich einseitiges Motiv, sondern eine dem gesamten beiderseitigen Geschäft übereinstimmend gemeinsame Grund- oder Unterlage, um mit Windscheid zu reden, eine Voraussetzung [9]).

2. Die Geschäftsgrundlage kann sich beziehen auf das Sein oder den Fortbestand oder den Neueintritt gewisser Umstände [10]). Sie gehört im normativen, auf den Eintritt oder Bestand der Rechtswirkungen gerichteten Sinne nicht zum psychologischen Prozeß, sie ist nicht unmittelbarer Bestandteil [11]), beschränkende Klausel des Geschäftswillens und der geschäftlichen Erklärung, sondern nur die Grundlage, die Basis, auf der sich beiderseits die Parteierklärungen aufbauen [12]). Sie ist eine Unterstellung und besteht in kundgegebenen oder doch offenbar gewordenen Vorstellungen, im Gegensatz zum Geschäftsinhalt, der im erklärten Willen zum Ausdruck kommt [13]). Während zum Vertrage zwei Willenserklärungen gehören, ist die Vertragsgrundlage [14]) etwas an sich Einseitiges, wie die Voraussetzung im Sinne Windscheids; aber freilich muß der Vertragsgegner — und darin liegt nach Oertmann der entscheidende Gegensatz zur Voraussetzungslehre — die Vorstellung erkannt [15]) und sie ausdrücklich oder wenigstens dadurch, daß er nicht widerspricht, sich zu eigen gemacht haben, damit sie zur gemeinsamen Vertragsgrundlage werde [16]). Der Vertragsgegner muß die Vorstellung, auf der sich der Wille des anderen Kontrahenten aufbaut, gebilligt haben, nicht notwendig ist dagegen, daß er sie auch zur Grundlage des eigenen Willensentschlusses erhoben hat. Bietet z. B. der Sammler A. dem Händler B. für eine anscheinend ungebrauchte, in Wahrheit aber leicht gestempelte Briefmarke, die ungebraucht seltener und teurer ist, einen bestimmten Preis mit der Bemerkung, er sammle nur

---

9) a. a. O. S. 23 f..
10) a. a. O. S. 37.
11) Man darf sie nicht einmal als stillschweigend beigefügten Bestandteil auffassen (S. 31).
12) a. a. O. S. 33, 38, 132; Arbeitsrecht 1924 Sp. 153 f..
13) a. a. O. S. 37 f., S. 132.
14) „Geschäftsgrundlage" und „Vertragsgrundlage" sind zwei Ausdrücke für dasselbe Rechtsinstitut, die Oertmann nebeneinander gebraucht, z. B. a. a. O. S. 132.
15) Bei einseitigen Erklärungen (z. B. Testament) genügt die objektive Erkennbarkeit! — a. a. O. S. 33; vgl. auch S. 30.
16) a. a. O. S. 132, S. 38.

ungebraucht, so weiß B., daß der Vertragswille des A. auf der Vorstellung von dem Ungebrauchtsein des Stückes beruht. Sicherlich hat B.'s Verkaufswille sich nicht auf seiner entsprechenden eigenen Vorstellung aufgebaut, da er die Marke in Kenntnis der wahren Sachlage für den gebotenen Preis vermutlich erst recht fortgegeben haben würde. Aber trotzdem ist die Vorstellung des A., weil dem B. bekanntgeworden, zu einer maßgebenden Vertragsgrundlage erhoben, und A. kann die mit deren Mangel etwa verbundenen Folgen geltend machen. Nicht freilich auch B.; er würde es höchstens dann können, wenn das Stück als gebrauchtes teurer wäre und auch er erkennbar es als ungebraucht hergegeben, etwa von vornherein als solches angeboten hätte [17]).

Die Geschäftsgrundlage braucht in der Erklärung nicht zum Ausdruck gekommen zu sein, weil sie nicht Bestandteil des Geschäftes ist, sondern neben oder hinter diesem steht, doch ist sie mehr als etwas rein Psychologisches, nur bei einer Partei Vorhandenes; sie bezieht sich auf das Geschäft als Ganzes. Deshalb kann man den einseitigen, dem Gegner nicht erkennbaren, geschweige denn von ihm erkannten, Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs. II BGB. unmöglich als Fall fehlender Geschäftsgrundlage bewerten. Ist z. B. ein Gemälde als „alter Niederländer" verkauft, so ist zwar die Zugehörigkeit des Gemäldes zur altniederländischen Schule Geschäftsgrundlage (wenn es nicht dazu gehört oder eine Kopie oder eine Fälschung ist, kann sich der Käufer hierauf als auf die Geschäftsgrundlage berufen); dagegen kann die bloße Vorstellung des Käufers, es handele sich um einen echten Rembrandt, vielleicht unter dem Gesichtspunkte des § 119 Abs. II beachtbar sein, niemals aber im Hinblick auf die diese Vorstellung nicht umfassende Geschäftsgrundlage [18]). Auch der Fall des beiderseitigen Irrtums darf mit der beiderseitigen Vertragsgrundlage nicht verwechselt werden, denn bei jenem ist die beiderseits falsche Vorstellung intern geblieben, bei dieser in einer dem anderen Teil bekannt gewordenen Weise zutage getreten [19]).

Auch mit dem Motiv und der Bedingung hat die Geschäftsgrundlage nichts gemein. Ein Motiv ist immer von ausschlaggebendem Einfluß auf den Willensentschluß, die Geschäftsgrundlage kann sich demgegenüber in der lediglich ne-

17) a. a. O. S. 132 f..

18) a. a. O. S. 29. Natürlich ist es aber möglich, daß der Mangel der Geschäftsgrundlage sich zugleich als Eigenschaftsirrtum einer Partei darstellt (vgl. auch a. a. O. S. 156).

19) a. a. O. S. 133 Anm. 1.

gativen Bedeutung erschöpfen, daß ohne sie ein Willensentschluß nicht gefaßt worden wäre [20]), da nach Zitelmanns Worten „die richtige Vorstellung Gegenmotiv gewesen sein würde“ [20]) [21]). Ein Motiv ist nach Oertmann auch immer etwas Einseitiges, rein Psychologisches, die Geschäftsgrundlage dagegen objektiv und bei beiden Parteien vorhanden [22]). — Eine Bedingung ist die Geschäftsgrundlage nicht, weil sie nicht wie diese echter Geschäftsbestandteil ist und auch die psychologische Voraussetzung der Bedingung, der Zweifel, nicht gegeben ist, da die Parteien das Fortbestehen oder Eintreten der die Geschäftsgrundlage bildenden Umstände für selbstverständlich halten [23]); die Parteien würden andererseits die Umstände zur Bedingung erhoben haben, wenn sie mit ihrer Ungewißheit gerechnet hätten. — Sie ist nicht die causa des Geschäfts im üblichen Sinne [24]); denn causa ist ja nicht jeder beliebige psychologische Zweck, sondern nur das Grundgeschäft, dessen Entwicklung durch den Zuwendungsakt gefördert werden soll; sie ist nicht Geschäftszweck, sondern Parteizweck. Deshalb beeinflußt der Wegfall der (objektiven) Geschäftsgrundlage nicht notwendig den (subjektiven) Zweck, und umgekehrt [25]).

3. Oertmann erblickt in einer ganzen Reihe von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendungsfälle der Geschäftsgrundlage. Nach seiner Ansicht können nur unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage verstanden werden z. B. die Berücksichtigung des Vergleichsirrtums (§ 779 BGB.), das Wandlungsrecht (§ 459 BGB.), das Kündigungsrecht des Verleihers bei eigenem Bedarf der Vertragssache (§ 605 Ziff. 1 BGB.), das Leistungsverweigerungs- und Widerrufsrecht nach BGB. §§ 321, 610, und schließlich das Abweichungsrecht des Beauftragten und Verwahrers gemäß §§ 665, 692 BGB. Auch das Anfechtungsrecht aus §§ 2077-2079 BGB. sei aus diesem Gesichtspunkte heraus zu verstehen,

20) a. a. O. S. 27 unter Hinweis auf Windsch., Voraussetzung S. 7.

21) Beispiel (a. a. O.): Daß die bisherige Spiritussteuer unverändert bleibe, hat gewiß nicht den Entschluß des Verkäufers, ihn zu einem bestimmten Preise zu veräußern, hervorgerufen; aber die Kenntnis der bevorstehenden Erhöhung hätte ihn sicher vom Verkauf zum vereinbarten Preise abgehalten. (Dieses Beispiel soll nach Oertmann in der R. G. Entscheidung Bd. 20 Nr. 31 stehen. Die Angabe ist jedoch unrichtig. Ob es sich überhaupt in einer R. G. E. findet, konnte der Verf. nicht feststellen).

22) a. a. O. S. 28, 29, 26.

23) a. a. O. S. 31 f. u. S. 38 f..

24) So Stampe (J. W. 1921 S. 11: „Zweckstörung“!), worauf auch Oertman a. a. O. S. 34 Anm. 1 hinweist.

25) a. a. O. S. 34.

ebenso sei in Einzelgesetzen die Geschäftsgrundlage anerkannt, z. B. im Verlagsgesetz §§ 18 u. 35[26]). — Wenn hiernach der Gesetzgeber selbst die Geschäftsgrundlage vielfach als gesetzgeberisches Motiv verwertet habe, so könne nicht angenommen werden, daß er im übrigen ihre Bedeutung selbst dann habe ausschalten wollen, wenn ein Umstand im Einzelfalle nachweislich als Geschäftsgrundlage gedient habe. Aus diesem Grunde heraus und namentlich auch wegen der Vorschrift des § 242 BGB.[27]), sowie aus rechtspolitischen Gründen — die Oertmann häufig in den Kreis seiner Betrachtungen zieht[28]) — und endlich aus sozialethischen Erwägungen heraus sei die objektivrechtliche Beachtbarkeit der Geschäftsgrundlage unbedingt zu bejahen[29]).

4. Ob die Geschäftsgrundlage weggefallen ist, ist — so sagt auch Oertmann — im Einzelfalle oft schwer zu entscheiden. Letzten Endes müsse mehr das Gefühl des praktisch denkenden Juristen als die Hilfe einer toten Formel den Ausschlag geben[30]). Der Grundsatz der Vertragstreue sei in erster Linie zu wahren; nur wo ein Festhalten daran durch noch wichtigere Interessen durchkreuzt werde, könne man Treu und Glauben gegen ein Festhalten an der vollzogenen Vereinbarung statt umgekehrt dafür anrufen. Die Entscheidung sei aber mehr nach subjektiven als nach rein objektiven Gesichtspunkten — nämlich im Sinne der Parteien — zu fällen, wobei im Zweifel die objektive Interessenlage zu berücksichtigen sei[31]).

5. Die Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage müsse — so sagt Oertmann — eine Aufhebungsmöglichkeit des Geschäftes insoweit sein, als ihm die Geschäftsgrundlage entzogen sei; eine generelle für alle Fälle gemeinsame Rechtsfolge gebe es nicht, je nach Lage des Einzelfalles sei vielmehr Rücktritt oder Widerruf, Kündigung oder schließlich Abänderung des Vertragsverhältnisses durch den Richter die gegebene Rechtsfolge[32]).

---

26) Geschäftsgrundlage S. 62—123.

27) a. a. O. S. 136.

28) Geschäftsgrundlage, passim.

29) a. a. O. S. 139 ff., namentlich S. 143 ff..

30) a. a. O. S. 149.

31) a. a. O. S. 154.

32) a. a. O. S. 159 ff..

§ 8.

3. Die Abgrenzung der Begriffe an Hand der Lehren ihrer Begründer.

1. Wenn wir zur Begriffsscheidung von einer Abgrenzung gegenüber dem Irrtum und der Bedingung — welche beiden Rechtsinstitute sich, das eine subjektiv, das andere objektiv, mit den hier behandelten nur von fern berühren — absehen und ebenso von einer Untersuchung ihres Verhältnisses zu anderen Rechtsbegriffen, mit denen man sie verwechseln könnte (Beweggrund, causa), auf die wir andeutungsweise ja auch schon im vorhergehenden zu sprechen kamen [1]) — und wenn wir deshalb uns eine Auseinandersetzung mit den Schriftstellern hier sparen können, die unsere Begriffe mit solchen und ähnlichen gesetzlich anerkannten Rechtseinrichtungen vermengen und verquicken —, so bleibt uns doch zuvor noch die Abgrenzung beider Begriffe gegenüber dem dritten, der ihnen am nächsten verwandt ist, gegenüber der clausula rebus sic stantibus.

Hier können wir kurz, ohne uns auf einzelne Feinheiten einzulassen, ganz allgemein feststellen, daß Voraussetzung und Geschäftsgrundlage dazu dienen sollen, einzugreifen, wenn Unterstellungen einer oder beider Parteien, die für den Vertragsabschluß entscheidend oder mitentscheidend waren, von vornherein nicht gegeben waren; während die clausula rebus sic stantibus demgegenüber zur Ausgleichung bei nachträglich veränderten Umständen bestimmt ist [2]). Damit ist weniger ein kontradiktorischer Gegensatz zwischen den Begriffen festgestellt als das Hauptmerkmal, welches die cl. r. s. st. von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage unterscheidet, angegeben. Denn da nach Windscheid [3]) die Voraussetzung sowohl auf ein Vergangenes wie auf ein Gegenwärtiges und Zukünftiges gehen kann, und da auch die Geschäftsgrundlage sich in gleicher Weise auf das Sein wie auf den Fortbestand oder den Neueintritt gewisser Umstände beziehen kann [4]), sind Voraussetzung — der weiteste Begriff — und Geschäftsgrundlage umfassender; sie begreifen die clau-

1) Vgl. außerdem Schaefer, Irrtum S. 21 ff., Kaps, Geschäftsgrundlage und Bedingung S. 16 ff..

2) Vgl. auch oben § 2 (S. 4).

3) Vgl. oben § 6, insbes. Anm. 20.

4) s. oben § 7 (S. 20).

sula, die nur ein Unterfall ist, mit in sich [5]). — Voraussetzung, Geschäftsgrundlage und clausula sind nur verschiedene Ausdrucks- und Erfassungsformen des gleichen rechtspolitischen Gedankens [6]); allen drei Begriffen liegt dieselbe Idee zugrunde. Deshalb ist es begreiflich, daß sich vielfach Berührungspunkte aufweisen lassen [7]) und eine deutliche Unterscheidung oft schwer ist. Doch dürfte, solange man die drei Lehren nicht auf eine allgemein anerkannte Grundform zurückführen kann, im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit sowie zur Erleichterung der Rechtsanwendung nicht darauf verzichtet werden. Hier soll nur die Scheidung zwischen Voraussetzung und Geschäftsgrundlage versucht werden [8]).

2. Wir sahen, daß Windscheid bemüht war, dem wahrsten und tiefsten Parteiwillen bei der Frage nach dem Inhalt, dem rechtlichen Erfolg und dem Ausmaß der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts Berücksichtigung und Geltung zu verschaffen. Seine Betrachtungsweise des Problems ist eine subjektivistische, die im Parteiwillen gründet. Voraussetzung ist die subjektive Grundlage des Willens einer Partei, aus der zu erkennen ist, daß diese zwar unbedingt gewollt hat, aber dies nur deshalb, weil für sie das Vorausgesetzte — das Sein oder Bestehenbleiben der Umstände — unzweifelhaft feststand, daß sie dagegen nicht gewollt haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß die Voraussetzung falsch war. Die Voraussetzung gehört zum Geschäftsinhalt; sie wird beim Geschäftsabschluß in Berücksichtigung gezogen. Für die Beachtbarkeit genügt aber die objektive Erkennbarkeit; sie ist deshalb nur einseitig.

---

5) So auch Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 45 ff., dessen Darstellung aber sonst in dieser Hinsicht die gewünschte Klarheit sehr vermissen läßt (vgl. z. B. die Darstellung in Geschäftsgrundlage S. 151, die im Widerspruch wieder mit S. 161 unten steht und mit der Darstellung auf S. 179). Oertmann verzichtet offenbar — von dem besonderen Charakteristikum der Zweiseitigkeit der Geschäftsgrundlage, die auch die Nichtzumutbarkeit umfaßt (S. 165, S. 171), abgesehen — auf eine grundsätzliche Grenzziehung zwischen den Begriffen, soweit er nicht Bedingung, Irrtum und Motiv ihnen gegenüberstellt; ihm kommt es sichtlich nur auf das Problem an, nicht auf dessen Spielarten und Erscheinungsformen.

6) So richtig Oertmann a. a. O. S. 45, ebenfalls Enn.-Lehmann II, § 41, II, 4.

7) Mit Recht hebt z. B. Schmidt hervor, daß dem Eintritt nicht erwarteter Veränderungen der Nichteintritt erwarteter Veränderungen gleichzusetzen ist (Über die völkerrechtl. cl. S. 161, 163). Bei dieser erweiterten Auffassung von der clausula würden sich diese und die Voraussetzung nur noch dadurch unterscheiden, daß letztere auch Umstände der Vergangenheit und Gegenwart berücksichtigt.

8) Vgl. hierzu Locher, Arch. ziv. Prax. Bd. 121, S. 3 ff. und Schaefer a. a. O. S. 24 unten.

Oertmanns Lösungsversuch des Problems ist dementgegen mehr objektivistisch. Er berücksichtigt zwar auch subjektive Momente, doch ist wesentlich die Kausalität der Umstände für das Rechtsgeschäft. Nicht der Wille der einzelnen Partei soll die letzte Entscheidung geben. „Nicht der frei sich tummelnde, zwecklose Individualwille ist es, dessen Bedeutsamkeit wir in der Geschäftsgrundlage anerkennen, sondern das meist wirtschaftliche, jedenfalls reale Bedürfnis, zu dessen Befriedigung der Geschäftsschluß dienen soll“ [9]). Die Geschäftsgrundlage gehört nicht dem Willensprozeß und den Erklärungen der Parteien an; sie ist deshalb auch nicht Geschäftsbestandteil, sondern nur die Basis für Geschäftswille und Erklärung. Zwar hängt es von den Parteien ab, welche Zwecke und mit welchen Mitteln sie diese erreichen wollen, doch muß unter der Herrschaft einer individualistischen Gesellschaftsordnung dem einzelnen die Verantwortung dafür überlassen werden, ob seine Beurteilung richtig war, denn diese ist ganz subjektiv; die Vorstellung der Partei dagegen von der Eignung des Geschäfts für den zu erreichenden Zweck wird über das Subjektive dadurch hinausgehoben, daß der Gegner sie erkennt und in ihrer Bedeutung für den Geschäftsschluß mindestens stillschweigend genehmigt [10]). Das Wesen der Geschäftsgrundlage kann auch nicht in einem rein negativen Moment bestehen wie die Voraussetzung — bei welcher dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde, letzten Endes entscheidet —; sie fordert immer eine positiv vorhandene Vorstellung von der Fortdauer der vorhandenen Zustände, von der Durchführbarkeit des Vorhabens [11]). Erweist sich der eine oder andere der vorgestellten Umstände hernach als nicht vorhanden, so ist die Grundlage vernichtet, auf der das Geschäft sich aufbaut, und dieses wird dadurch selbst in Frage gestellt; nicht deshalb, weil der damit erstrebte Zweck objektiv nicht er-

9) Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 140.

10) Diese Darstellung Oertmanns (Geschäftsgrundlage S. 140 f.) ist freilich nicht eindeutig; der Mangel an nötiger Klarheit könnte leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben.

11) Diese Unterscheidung, die Oertmann selbst trifft (a. a. O. S. 135), ist in Wahrheit unwesentlich und auch nicht ganz richtig. Er sagt einerseits, es dürfe sich nicht lediglich um eine Unkenntnis gegenwärtiger oder zukünftiger Zustände handeln, behauptet dann aber andererseits, eine positive Vorstellung liege fast immer dann vor, wenn die Partei an gar nichts denke, denn dieses Nichtdenken beziehe sich auf das Unterlassen eines Bedenkens künftiger anderweitiger Entwicklung. Damit sind die künstlich geschaffenen Unterschiede schon wieder verwischt; ein Widerspruch klafft auch zwischen dieser Darstellung und der auf S. 27, wo Oertmann selbst auf das Wort von Windscheid hinweist und es übernimmt.

reicht wird, sondern deshalb, weil man hieraus ersieht, daß das Geschäft nicht das geeignete Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes war [12]). — Wir sehen also eine Verquickung von objektiven und subjektiven Merkmalen als charakteristisch für das Wesen der Geschäftsgrundlage; die nicht gebilligte Voraussetzung ist belanglos, Berücksichtigung verdient nur die beiden Teilen gemeinsame Abmachung. Es handelt sich um die objektive Grundlage des Geschäftes selbst, die als solche in dem äußeren Tatbestande des Geschäftes kenntlich gemacht sein muß (nicht nur erkennbar!) und dadurch zur Geschäftsgrundlage (nicht zum Bestandteil!) der Erklärungen beider Vertragsparteien wird [13]). — Weitere Gegensätze zwischen beiden Begriffen ergeben sich aus der Begründung ihrer Beachtbarkeit und der daraus abgeleiteten Rechtsfolge.

3. Wenn wir von feineren Differenzierungen absehen, so liegen demnach die wesentlichen **Unterschiede** zwischen der Voraussetzung im Sinne Windscheids und Oertmanns Geschäftsgrundlage in folgendem:

1. Die Voraussetzung muß erkennbar, die Geschäftsgrundlage erkannt sein (vom Standpunkt der Gegenpartei aus).
2. Die Voraussetzung ist subjektives Moment der Willensbildung, die Geschäftsgrundlage objektives Merkmal des Geschäftes selbst.

---

12) So Oertmann a. a. O. S. 140.

13) Oertmann selbst verzichtet wie auf eine klare Scheidung gegenüber der clausula rebus sic stantibus auch auf eine eindeutige Grenzziehung zwischen Voraussetzung und Geschäftsgrundlage. Aus manchen Wendungen — wenn man sie isoliert betrachtet — müßte man entnehmen, daß er durch seine Geschäftsgrundlage den Begriff der Voraussetzung lediglich ersetzen und verbessern, ihn überflüssig machen will, so z. B. S. 27: „Voraussetzung (nach meinem Sprachgebrauch: Geschäftsgrundlage)"; S. 30: „möchte ich das Wort Voraussetzung vermeiden und durch . . . Geschäftsgrundlage ersetzt wissen" (vgl. auch S. 42, 45, 86 f., 95, 111, 115, 118, 120, 123, 151, 161). — Des weiteren bringt Oertmann Beispiele der Geschäftsgrundlage, die mit seiner Begriffsanalyse und Definition nur schwer in Einklang zu bringen sind und deren Tatbestand man höchstens unter dem umfassenderen Begriff der Voraussetzung betrachten könnte. So S. 25: A. bestellt bei B. fest und bestimmt 250 Ztr. Koks, fügt aber hinzu, sie seien zur Deckung seines diesjährigen Winterbedarfs bestimmt. — Soll da der Hinweis auf den Winterbedarf die Geschäftsgrundlage sein; soll B. etwa verpflichtet sein, zurückzunehmen, was A. nicht benötigt? Eine sichere Kalkulation des Kohlenhändlers wäre ja unmöglich, wenn er damit rechnen müßte, daß er nach einem warmen Winter die Hälfte zurücknehmen sollte!

3. Die Voraussetzung kann lediglich einseitig, die Geschäftsgrundlage muß immer beiden Parteien gemeinsam sein.
4. Die Voraussetzung stützt sich auf das Kondiktionenrecht, die Geschäftsgrundlage in der Hauptsache auf den Grundsatz von Treu und Glauben im § 242 BGB..
5. Die Voraussetzung begründet bei ihrem Mangel die Unwirksamkeit der Willenserklärung und als deren Folge eine doli exceptio oder condictio; die fehlende Geschäftsgrundlage hebt das Geschäft nur insoweit auf, als ihm die Grundlage entzogen ist, und gibt dem Berechtigten dementsprechend entweder ein Rücktritts- oder ein Widerrufsrecht, ein Recht auf Kündigung oder auf Abänderung des Vertragsverhältnisses.

4. Die verschiedenen Lösungsversuche unseres Problems neben und nach Windscheid und Oertmann.

§ 9.

Kurzer allgemeiner Überblick.

Ist nun eine Anerkennung dieser Begriffe möglich und mit dem geltenden Recht vereinbar? — Bevor wir dieser Frage nähertreten, müssen wir uns, soweit es nicht schon andeutungsweise geschehen ist, davon überzeugen, welchen Widerhall sonst die Darlegungen Windscheids und Oertmanns in Literatur und Rechtsprechung gefunden haben. Denn der Versuch einer eigenen Lösung des Problems wäre anmaßend, wenn er nicht — zum mindesten kritisch — die Darlegungen wenigstens der namhaften Schriftsteller berücksichtigen wollte, die vor uns mit diesen Begriffen oder dem hier behandelten Problem sich beschäftigt haben.

Wir unterschieden schon zwischen der subjektiven und der objektiven Betrachtungsweise unseres Problems. Von den mannigfachen Lösungsversuchen seien noch die hauptsächlichsten hervorgehoben [1]). Subjektiv sind neben der Lehre Windscheids namentlich die Darstellungen Rhodes von der beiderseitigen zum Vertragsinhalt erhobenen Voraussetzung [2]) und Krückmanns Lehre von der Voraussetzung als virtuellem Vorbehalt [3]), des weiteren alle Lehren

1) Die folgende kurze Zusammenstellung ist im wesentlichen entnommen aus Ackermann S. 1 f..
2) Arch. ziv. Prax. Bd. 124 S. 257 ff..
3) Vgl. die kurzen Darstellungen Krückmanns in J. W. 1927 S. 2460, 1928 S. 3102 f., 1929 S. 738 ff., Arch. ziv. Prax. Bd. 128 S. 176 f., 202 f..

von der clausula als Auslegungsergebnis im Wege der konstruktiven und hypothetischen Ergänzung des Parteiwillens [4]) und die Lehre Krückmanns von der historisch-kausalen Geschäftsgrundlage [5]). Eine objektive Betrachtungsweise finden wir namentlich in der Verquickung unseres Problems mit der Lehre von der juristischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit [6]), in der Analogie zum caput non controversum des § 779 BGB. [7]), in der Verwechslung mit dem Inhaltsirrtum [8]), sowie in den Klauselleliren Krückmanns [9]) und Stampes [10]), in der Einrede aus überwiegendem Interesse [11]) und der Lehre von der Nichtzumutbarkeit der Leistung namentlich bei Nipperdey [12]). — Zwischen beiden vermittelnd stehen dann die Lösungsversuche Oertmanns und Lochers [12]), die subjektive und objektive Momente berücksichtigen, sowie die neueste Lehre Krückmanns vom virtuellen Vorbehalt [13]).

Wir sehen, wie schon zu Anfang hervorgehoben, eine unendliche Fülle von Konstruktionen und Systemen, zu denen noch die Lehren Stampes [14]) und Ackermanns [15]) zu zählen sind, die zwecks Zusammenfassung und Vereinfachung der Betrachtungsweise unser Problem im Zusammenhang mit den „Vertragsstörungen" behandelt und anerkannt wissen wollen.

Mannigfach differenziert wie die systematische Betrachtungsweise ist die dogmatische Grundlegung, welche wir bei den einzelnen Schriftstellern vorfinden, die zum Teil der Unmöglichkeits- oder Irrtumslehre, zum Teil den wenigen positiven Klauselvorschriften oder den Vorschrif-

---

4) Namentlich bei Leetz und Kaufmann (vgl. Literaturverzeichnis), ebenso früher bei Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 170 ff., 151 ff., 201 ff. und bei anderen.
5) Krückmann in Jher. Jahrb. Bd. 75 S. 1 ff., bes. 47 ff..
6) Vgl. u. a. die Literatur bei Nipperdey, Vertragstreue Anm. 8 und aus der Praxis **R. G.** Bd. 88 S. 74; Bd. 90 S. 105; Bd. 92 S. 88; Bd. 93 S. 342; Bd. 94 S. 47 und insbes. Bd. 100 S. 131.
7) Namentlich bei v. Tuhr L. Z. 1921 S. 153 ff., Kohler, Arch. ziv. Prax. Bd. 101 S. 380, Lehrb. I S. 572, Krückmann J. W. 1921 S. 739, Manigk J. W. 1927 S. 3001, Löwenwarter, Wegweiser S. 16; dagegen namentlich Hedemann, Vergleichsirrtum S. 96.
8) Besonders häufig beim R. G., z. B. Bd. 97 S. 138; Bd. 105 S. 406.
9) Arch. ziv. Prax. Bd. 116 S. 157 ff..
10) Jher. Jahrb. Bd. 72 S. 348 ff..
11) z. B. Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 101 S. 1 ff., S. 30 ff.; Jher. Jahrb. Bd. 59 S. 233 ff.; Eckstein Arch ziv. Prax. Bd. 37 S. 390 ff., bes. S. 439 ff., Bd. 41, S. 178 ff..
12) Vgl. Literaturverzeichnis.
13) Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt (Arch. ziv. Prax. Bd. 131 S. 1 ff.). 1929.
14) Jher. Jahrb. Bd. 72 S. 348 ff..
15) Vgl. Literaturverzeichnis.

ten über die ungerechtfertigte Bereicherung zentrale Bedeutung beimessen, zum großen Teil schließlich in der Auslegung oder Willensergänzung die Begründung ihrer Lehre suchen und die gesetzliche Anerkennung des Problems zu erkennen glauben.

Eine eingehende Behandlung aller dieser Lösungsversuche in ihren verschiedenen Schattierungen, Unterscheidungen und Zusammenhängen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und auch unsere Untersuchung, die die Lehren der Begründer zum Vorwurf hat, nicht fördern. Wir betrachten deshalb nur kurz die Lehren, in denen die Begriffe der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage im Sinne Windscheids und Oertmanns noch deutlich hervortreten und nur im einzelnen modifiziert sind, nämlich die Lehre Lochers von der Geschäftsgrundlage, die Lehren Rhodes und Krückmanns von der Voraussetzung.

Wenn wir hiernach die Entwicklung in der Praxis, den Weg der Rechtsprechung, uns vor Augen führen, dürften wir ein klares Bild von der Stellung unseres Problems in Wissenschaft und Leben gewonnen haben, um ein eigenes Urteil und nach Möglichkeit eine dem Grundgedanken des Problems gerecht werdende Lösung zu finden. Doch nicht die Vermehrung der mannigfachen Systeme um ein neues soll das Ziel dieser Abhandlung sein, sondern das Suchen nach der Erkenntnis des zentralen Grundgedankens und die Frage nach der rechtlichen Qualität der Begriffe. Letztes Ziel der Arbeit ist die positiv rechtliche Fundierung und wenn ratsam — de lege ferenda — der Vorschlag einer verbesserten gesetzestechnischen Bearbeitung und Verankerung der grundsätzlich als notwendig und nützlich erkannten Begriffe.

§ 10.

Insbesondere die Lehren Lochers, Rhodes und Krückmanns.

1. Eine eingehende Würdigung der Oertmannschen Lehre finden wir bei **Locher,** der Oertmann grundsätzlich beistimmt, jedoch dessen Definition und Begründung verwirft und die Geschäftsgrundlage auf den Geschäftszweck (§ 812 Abs. I Satz 2 BGB.) zurückführt. — Er versteht unter Geschäftsgrundlage „die Gesamtheit derjenigen Umstände, ohne deren Vorhandensein, Fortbestand oder Eintritt der mit dem Geschäft nach seinem Inhalt bezweckte Erfolg **(der Geschäftszweck)** durch das Geschäft trotz ordnungsmäßigen Abschlusses und trotz Aufwendung der nach dem Inhalt des Geschäfts den Be-

teiligten zuzumutenden Opfer nicht erreicht werden kann“ [1]). Geschäftsgrundlage sind demnach „die zur Erreichung des Geschäftszwecks mit den Geschäftsmitteln notwendigen Umstände“ [1]).

Der Geschäftszweck Lochers ist nicht dem „Wesenszweck“, dem typischen Parteizweck gleichzusetzen, sondern dem Sonderzweck der Parteien, dem individuellen Parteiwillen, der aber dem Inhalt des Rechtsgeschäfts angehören muß [2]). Zum Geschäftsinhalt wird er, sofern es sich nicht um einen typischen Parteizweck handelt, dadurch, daß der Vertragsgegner die Zweckgebundenheit des Geschäfts bei dessen Abschluß gekannt und zum mindesten durch Nichtwiderspruch genehmigt hat [3]). Der „Parteizweck“ ist als solcher immer etwas Einseitiges und nichts anderes als ein Parteimotiv [4]), doch durch den übereinstimmenden Parteiwillen wird er zum Geschäftszweck, zu dem nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg [5]). Diesem fehlt keineswegs die psychologische Realität [6]). Insofern finden sich bei Locher demnach manche Anklänge an Oertmanns Geschäftsgrundlage, die beiden Parteien gemeinsam und objektives Merkmal des Geschäftes selbst sein muß; doch versucht er den Schwierigkeiten, die sich bei der Anknüpfung Oertmanns an die Vorstellung der Parteien ergeben, dadurch aus dem Wege zu gehen, daß er mehr noch als dieser subjektive Momente ausschaltet [7]) und das entscheidende Gewicht allein auf das kausale Verhältnis zwischen den Umständen und dem Abschluß des Vertrages, also auf etwas rein Objektives legt [8]).

Die Zweckgebundenheit selbst findet zwar im konkreten Falle ihre Stütze in dem realen und empirisch feststellbaren Parteiwillen, sodaß auch die Rechtsfolgen der Zweckvereitelung mittelbar allerdings Folgen eines zur psychologischen Realität gewordenen, aber nicht auf diese Rechtsfolgen gerichteten Parteiwillens sind; doch die Anerkennung der Zweckgebundenheit als rechtserhebliche Erscheinung kann nur auf der

---

1) Arch. ziv. Prax. Bd. 121 S. 71 f..
2) a. a. O. S. 74 ff..
3) a. a. O. S. 20.
4) daselbst S. 75.
5) a. a. O. S. 76.
6) a. a. O. S. 21.
7) Er wendet sich entschieden gegen eine allzu starke Berücksichtigung subjektiver Momente, indem er betont, daß im Geschäftsverkehr jede Partei grundsätzlich die Gefahr der Vereitelung ihres über den typischen Geschäftsinhalt hinausgehenden Parteizwecks selbst tragen muß (a. a. O. S. 68).
8) a. a. O. S. 72 ff..

Rechtsordnung beruhen[9]). Sie beruht nach Locher auf der Bestimmung des BGB. im § 812 Abs. I Satz 2, 2. Fall. In seiner Begründung kommt demnach Locher Windscheid nahe.

Er führt aus, daß die Rückgängigmachung eines kausalen Rechtsgeschäftes, das seiner Zweckbeziehung nicht genügen könne, ebenso geboten sei wie die eines abstrakten Geschäftes, das seine Erfüllungsfunktion nicht auszuüben vermöge[10]). Die Ablehnung der Kondiktion eines kausalen Rechtsverhältnisses im BGB. hat nach Locher ihren Grund nämlich nicht in dem Mangel der für die Kondiktion notwendigen und charakteristischen Zweckbeziehung, sondern in dem Mangel eines kondiktionsfähigen und -bedürftigen Gegenstandes. Die Funktion des Kausalgeschäftes als Hilfsgeschäft zur Erfüllung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist es, in der wir die Zweckbeziehung zu erblicken haben[11]). Beide müssen deshalb grundsätzlich gleich und nur in der Form der Rückgängigmachung verschieden behandelt werden; die Vereitelung der Zweckerreichung muß — ähnlich wie bei Oertmann — ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht auslösen, denn dieses ist die gegebene Folge, wie der Bereicherungsanspruch beim abstrakten Geschäfte[12]). — Deshalb ist nach Locher die Lösung des Problems einzig und allein im § 812 BGB. zu suchen, gleichgültig ob es sich um ein zur Zweckerreichung von Anfang an untaugliches Rechtsgeschäft handelt oder ob dieses erst später dazu wird[13]); auch die Klauselfälle sind darum unter diesem Gesichtspunkte zu betrachten[14]).

2. Eine Darstellung der Voraussetzung, die aber mehr den Lehren von der Geschäftsgrundlage ähnelt, gegen die gerade der Verfasser Sturm laufen will, gibt **Rhode**[15]); er erkennt nämlich, ebenso wie das Reichsgericht in manchen Entscheidungen[16]), wie Kohler[17]) und ähnlich auch Crome[18]), nur die

9) daselbst S. 31 ff..
10) a. a. O. S. 44.
11) siehe vorige Note.
12) a. a. O. S. 49.
13) a. a. O. S. 32 f., 48 f..
14) daselbst S. 90.
15) Arch. ziv. Prax. Bd. 124 S. 257 ff.. Teilweise baut Rhode seine Lehre auf der Irrtumslehre Jacobis in Jher. Jahrb. Bd. 70 S. 110 ff. auf.
16) Vgl. namentlich R. G. Bd. 62 S. 268: „Soweit nicht ausdrücklich eine solche Voraussetzung als Vertragsinhalt vereinbart, haben die . . . §§ 133, 157 BGB. bei Auslegung und Ermittlung des Parteiwillens die Entscheidung zu geben."
17) Arch. ziv. Prax. Bd .101 S. 379 f.; Grundlage nach Kohler: § 779 BGB.; Rechtsfolge: Anspruch auf Lösung des Vertrages. Vgl. auch Kohler, Lehrbuch I S. 570 ff..
18) Arch. ziv. Prax. Bd. 115 S. 1 ff., bes. S. 48 f.; Crome erkennt die

beiderseitige Voraussetzung an, wenn sie zum „Vertragsinhalt" geworden ist[19]), nähert sich also in bedenklicher Weise der Ansicht, Voraussetzung und Geschäftsgrundlage seien lediglich zwei verschiedene Ausdrücke für dieselbe Rechtsfigur.

Nach dieser Auffassung ist zu fragen, ob die ausdrückliche Voraussetzung — nur eine solche ist anerkannt —einmal Bestandteil der Willensbildung oder der Erklärungsbildung ist — nur die letzte ist beachtlich —[20]), andererseits, ob damit als beiderseitige Voraussetzung eine Basis für die Verhandlungen zwischen den Parteien geschlossen wurde, sodaß sie als Vertragsinhalt[21]) anzusehen ist. Und zwar muß nach Rhode „durch einen logischen Rückschluß aus dieser Voraussetzung und der Abschlußformel der ursprüngliche Wille aufgedeckt werden"[22]). Die Lösung sucht also Rhode in der Vertragskorrektur im Wege der ergänzenden Auslegung bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Vertrages selbst[23]).

3. Die einseitige Voraussetzung findet Anerkennung in der letzten unser Problem betreffenden Abhandlung **Krückmanns**[24]). Krückmann sagt von ihr: „Voraussetzung ist ein **unterlassener aktueller Vorbehalt**"[25]).

Die Partei aber, die sich darauf beruft, will „auf Grund eines neuen nachträglichen Willens das früher Gewollte und Erklärte irgendwie wirkungslos machen"[26]). Mit Recht hebt er hervor, es müsse deshalb entscheidend sein, ob im gegebenen Falle das Gesetz der Partei ausnahmsweise ein solches „Nichtwollendürfen" gestatten wolle[27]).

Krückmann wendet sich in eingehenden kritischen Ausführungen gegen Oertmann[28]) sowohl wie gegen Locher[29]) und Rhode[30]); er sieht die eigene Lehre von der historisch-kausalen

---

beiderseitig anerkannte Voraussetzung als stillschweigenden Vertragsinhalt an; ihre Berücksichtigung sei geboten nach §§ 133, 157, 242 BGB. (a. a. O. S. 49).

19) Die einseitige Voraussetzung ist hiernach nur erheblich, wenn ein Fall des § 119 vorliegt (Rhode a. a. O. S. 258 u. Anm. 2, S. 322).
20) a. a. O. S. 316.
21) Daselbst S. 322.
22) a. a. O. S. 322; s. auch S. 266.
23) a. a. O. S. 289.
24) Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt (Arch. ziv. Prax. Bd. 131 — 1929 — S. 1 ff., 257 ff.).
25) a. a. O. S. 2.
26) daselbst S. 3, 4.
27) Institutionen S. 961; Arch. ziv. Prax. S. 36.
28) Arch. ziv. Prax. Bd. 131 S. 32 f., 60 ff., 88 f..
29) a. a. O. S. 32, 60 ff., 96 ff..
30) a. a. O. bes. S. 257 ff..

Geschäftsgrundlage als überholt und unvollkommen an [31]) und baut seine neue Lehre, die die Fälle der clausula mit umfassen soll [32]) wie auch alle Fälle der echten, unechten, moralischen, ethischen, sozialen, wirtschaftlichen und sonst noch denkbaren Unmöglichkeit [33]), auf den Ausführungen Windscheids auf, dessen rein subjektives Lehrgebäude er aber durch das objektive Moment von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB. ergänzt [34]) und auch zur Unmöglichkeit in Beziehung bringt, indem er letzten Endes sagt, alle Voraussetzungsfälle — und auch die Fälle der Geschäftsgrundlage und der clausula, wie sinngemäß aus dem Ganzen ergänzt werden muß — könnten auf einen einheitlichen Begriff zurückgeführt werden, der heiße: Unmöglichkeit der Zweckerreichung [35]); die Rechtsfolge könne deshalb nicht Rücktritt oder Kündigung, nicht Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, sondern nur Kondiktion sein [36]).

a) Im einzelnen führt er aus, vorausgesetzt werde das Nichtbezweifelte, das dem Erklärenden so sicher scheine, daß er dessentwegen keinen aktuellen Vorbehalt mache [37]). Deshalb sei die Voraussetzung nicht schon in der ursprünglichen Willenserklärung vorhanden — denn von einem Nichtgewolthaben könne niemals die Rede sein, wenn in der Willenserklärung auch nicht der leiseste Ansatz zu einer Bedingung enthalten sei [38]) —, die Partei wolle mit der Geltendmachung der Voraussetzung vielmehr nachholen, was sie versäumt habe, sich in Form einer Bedingung beim Abschluß des Rechtsgeschäfts vorzubehalten [38]). In der Formulierung Windscheids „der Urheber der Willenserklärung sagt nicht: ich will, wenn — aber er sagt: ich würde aber nicht wollen, wenn nicht", liege ein Widerspruch; richtig sei der Vorgang so, daß der Urheber sagt: „ich habe unbedingt gewollt und auch unbedingt erklärt, würde aber nicht gewollt und erklärt haben, wenn ich alles gewußt hätte" [38]). Das Rätsel der Voraussetzungslehre liege also in der Nichtzumutbarkeit, in einem Anderswollendürfen, nicht in einem vermeintlichen Nichtgewolthaben [39]). Die Zumutbarkeit oder Nicht-

31) a. a. O. S. 96, S. 257 f..
32) daselbst S. 286.
33) a. a. O. S. 285, S. 17.
34) a. a. O. S. 10 ff. (bes. S. 13) und später.
35) daselbst S. 291 f..
36) a. a. O. S. 103, S. 276, S. 279 ff..
37) a. a. O. S. 1.
38) a. a. O. S. 3 f., S. 72.
39) a a. O. S. 11.

zumutbarkeit, mit anderen Worten Billigkeit und Gerechtigkeit, müßten entscheiden, ob sich der Erklärende darauf berufen dürfe, ob ihm ein nachträgliches „Anderswollendürfen" gestattet sei[40]). An Stelle von „Nichtzumutbarkeit" könne man auch den von Krückmann schon früher viel verwendeten[41]) Ausdruck „Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit" setzen; diese rechtfertige es in ausreichender Weise, weshalb es nicht zumutbar sei, daß der Erklärende bei seiner Willenserklärung stehen bleibe[42]). — Dem Begriffe von Treu und Glauben komme eine doppelte Bedeutung zu; nach Treu und Glauben sei nicht nur auszulegen, was der Erklärende vorausgesetzt habe, sondern auch, ob er das Vorausgesetzte gegenüber dem Gegner geltend machen könne[43]).

Krückmann sagt, der Tatbestand enthalte zwar regelmäßig so deutlich eine Zweckbeziehung (Zahlung einer vermeintlichen Kaufschuld), daß als immanenter Sinn der Erklärung herausgelesen werden könne, sie sei für den tatsächlich eingetretenen Fall nicht gewollt[44]); deshalb sei auch Lenels Lehre von der Zweckverfolgung kein sachlicher Gegensatz zu den richtig verstandenen Ausführungen Windscheids; beide Gegner hätten nur nicht erkannt, daß es auf den Unterschied von Virtualität und Aktualität ankomme. Daß sie sich nicht hätten verständigen können, sei schade für das Bürgerliche Gesetzbuch[45]), welches jedoch trotzdem in großer Selbstverständlichkeit den virtuellen Willen oft anerkenne[46]); die logische Immanenz des virtuellen Wollens sei eben elementar[47]). Und deshalb ist nach Krückmann der virtuelle Vorbehalt immer in der Erklärung enthalten, er gehört zum Geschäftsinhalt[48]).

Dies alles ist zwar rein logisch-psychologisch, wenn man davon absieht, ob das Gesetz den Geschäftsinhalt (= Zweck, Erklärungserfolg) anerkennt[49]). Doch muß der virtuelle Geschäftsinhalt durch eine vertragsmäßige Ver-

40) a. a. O. S. 30.

41) Vgl. bes. Arch. ziv. Prax. Bd. 128 S. 157 ff..

42) Arch. ziv. Prax. Bd. 131, S. 12.

43) a. a. O. S. 13; ähnlich schon Lenel (Arch. ziv. Prax. Bd. 79, S. 105), worauf auch Krückmann a. a. O. hinweist.

44) a. a. O. S. 5.

45) a. a. O. S. 9, S. 59 f..

46) a. a. O. S. 94.

47) a. a. O. S. 9.

48) a. a. O. S. 61.

49) daselbst S. 62 f..

neinung ausgeschlossen werden, wenn er unschädlich gemacht werden soll. Jeder in der Erklärung einer Vertragspartei enthaltene virtuelle Vorbehalt ist mit anderen Worten ohne weiteres von der Gegenpartei „angenommen" und damit im Sinne der herrschenden Meinung Geschäftsinhalt geworden, wenn die Gegenpartei ihn nicht vertragsmäßig ausgeschaltet hat oder wenn ihn nicht das Gesetz als unbeachtlich ausschaltet[50]). Letzten Endes kommt es also darauf an, was sich die Gegenpartei als Geschäftsinhalt gefallen lassen muß[51]), und diese Frage ist eben gemäß § 242 zu beantworten.

Aktualität und Virtualität sind nicht zu verwechseln mit Ausdrücklichkeit oder Immanenz, und vor allem nicht Immanenz mit stillschweigender Erklärung. Möglich sind nach Krückmann aktueller Vorbehalt, Bedingung und Voraussetzung sowohl als ausdrücklich wie als stillschweigend verlautbart; ebenso kann der virtuelle Vorbehalt ausdrücklich und stillschweigend verlautbart sein, er kann aber auch als nicht verlautbarter aber immanenter Vorbehalt bestehen, und zwar wenn er ohne weiteres aus dem Tatbestand zu erschließen oder aber dem Gegner bekannt war, des weiteren wenn er dem Gegner zwar unbekannt, aber erkennbar war, und schließlich auch wenn er nicht erkennbar war[52]). Schwierig ist eine Betrachtung der Fälle, in denen der Vorbehalt nicht verlautbart ist; entscheidend ist hierbei, ob der Erklärende aus irgend einem Grunde der nächste ist, die Gefahr zu tragen. Vor einer summarischen Bejahung oder Verneinung ist aber in allen Fällen zu warnen[53]).

b) Der Hauptfehler der abstrakten Formeln (Zweckverfehlung, Vertragszweck, Geschäftsinhalt, Geschäftsgrundlage usw.) liegt nach Krückmann darin, daß sie alle nach seiner Ansicht kein brauchbares Kennzeichen hergeben, mit dem sich prozessual arbeiten läßt. Allen Erfordernissen wird aber nach seiner Meinung der Begriff der Zumutbarkeit gerecht, weil er praktisch brauchbar ist[54]). Grundsätzlich gilt hierbei der Satz: casum sentit domi-

50) Vgl. vorige Note.

51) a. a. O. S. 64.

52) Vgl. die Aufstellung S. 67 f.; ganz verständlich ist nicht, ob auch der nicht erkennbare Vorbehalt, der nach Krückmann trotzdem dem Vertrage immanent ist, berücksichtigt werden soll. Mit der Gegenseitigkeit des Vertrages wäre dies jedenfalls unmöglich zu vereinbaren.

53) a. a. O. S. 68.

54) daselbst S. 69.

nus[55]); „jede Partei trägt die Gefahr aller der Ereignisse, die sich bei ihr, in dem zu ihr gehörenden Personen-, Sach- und Wirkungskreis, überhaupt ihrem Lebenskreis, insbesondere ihrem Vermögenskreis ereignen“[56]). Diese Gefahr, die jeder selbst tragen muß — seine Unwissenheit, seine Unkenntnis — kann er nicht auf die Gegenpartei abwälzen, selbst dann nicht, wenn seine Voraussetzung, d. h. sein virtueller Vorbehalt, sonnenklar auch für diese ist[57]). — Die Frage der Nichtzumutbarkeit beantwortet sich parallel der allgemeinen Anzeigepflicht[58]).

Damit entfällt aber nach Krückmanns Ansicht der wirksamste Gegengrund gegen Windscheids Lehre, daß sie die Verkehrssicherheit erschüttere[59]). Denn berücksichtigungswert ist nur ein Fehlschlag (der Voraussetzung) von erheblichem Ausmaße. So betrachtet bietet die Voraussetzung „den Vorteil, den Irrtum im Beweggrund, den Kalkulationsirrtum, den Eigenschaftsirrtum und die Zweckverfehlung in einer Synthese zusammenzufassen, bietet zugleich die einzige Möglichkeit, die bloß kondizionale Voraussetzung einwandfrei zu fassen“[60]).

Von der bloß immanenten (virtuellen) Voraussetzung ist zu unterscheiden die aktuelle, die z. B. bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften an Stelle der Bedingung treten kann; diese ist unabhängig von der Zumutbarkeit[60]).

Rechtsfolge ist sowohl bei der virtuellen wie bei der aktuellen Voraussetzung die Kondiktion[61]).

§ 11.

5. Der Weg der Rechtsprechung.

Betrachten wir die Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere seit 1918, so finden wir dasselbe Durcheinander bezüglich unserer Begriffe, welches wir in der Wissenschaft zu beklagen haben. Die Spruchpraxis ist äußerst unsicher und variiert in allen Formen von der freilich seltenen

55) S. 70. Beispiele: Jemand kauft einen neuen Schirm im Glauben, er habe den seinen verloren; jemand bestellt eine Aussteuer für seine verlobte Tochter, Tafelmusik zur Hochzeit, Wein für ein Familienfest usw. „Räumt man diesen Erwägungen irgendwelche Bedeutung ein, so gibt es kein Halten“ (a. a. O. S. 30).

56) s. vorige Note.

57) a. a. O. S. 70, 30, 37; Institutionen S. 967.

58) a. a. O. S. 71, 277.

59) daselbst S. 71 f..

60) a. a. O. S. 278.

61) vgl. S. 278 u. oben Anm. 36.

rigorosen Ablehnung jedweden den unseren ähnlichen Begriffes bis zur sachlichen oder gar ausdrücklichen Anerkennung der Voraussetzung und namentlich der Geschäftsgrundlage.

Trotzdem ist eine gewisse Entwicklungslinie mit der Tendenz der Anerkennung der Begriffe, zuerst mittels der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit", dann auf Grund der Aequivalenztheorie, schließlich mehr und mehr unter Anerkennung der clausula sowohl wie der Geschäftsgrundlage und Voraussetzung zu beobachten [1]). Nur schrittweise und zögernd ging das Reichsgericht neue Wege. Ein endgültiges Ergebnis, das allen Fällen gerecht wird, ist bisher nicht zu verzeichnen.

Schon das ROHG. spricht im 23. Bande S. 137 von einer „selbstverständlichen Voraussetzung" [2]). Das Reichsgericht lehnt anfänglich den Begriff der Voraussetzung als solchen formell ab, wendet ihn aber in der Form einer stillschweigenden Bedingung materiell trotzdem an [3]). Diese Tendenz, eine Voraussetzung, die wegzuleugnen nicht gut möglich ist, in eine stillschweigende Bedingung umzubiegen, hat sich bis in die neueste Zeit erhalten; so bringt noch die Entscheidung J. W. 1921 S. 738 [4]) unter Hinweis auf die Motive (2, 843), Protokolle (2, 690) und den ersten Entwurf zum BGB. (§ 742), sowie unter Bezugnahme auf die Entscheidungen Bd. 24 S. 169, Bd. 62 S. 267 grundsätzlich zum Ausdruck, die Voraussetzung sei zwar nicht gesetzlich anerkannt, doch sei „kein Grund ersichtlich, einer von den Kontrahenten selbst ausdrücklich oder stillschweigend als Beschränkung ihres Willens erklärten Voraussetzung die unmittelbare rechtliche Wirkung in ihrer Eigenschaft als einer ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten Bedingung zu versagen, und zwar einer Bedingung im weiteren Sinne, in welcher der Ausdruck nicht nur ein zukünftiges Ereignis, sondern auch einen bereits eingetretenen oder gleichzeitig eintretenden Umstand begreift". In der Entscheidung wird weiter ausgeführt, nur der geeinte Wille der Kontrahenten könne das Rechtsverhältnis von dem Bestehen einer von einem Teil vorausgesetzten Tatsache abhängig machen [5]); eine ausdrückliche Erklärung dieser Einigung sei jedoch nicht erforderlich, vielmehr genüge es, daß der dahin-

1) vgl. die Darstellung bei Enn.-Lehmann II § 41.
2) zit. bei Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 81.
3) So schon für das gemeine Recht R. G. Bd. 24 S. 169 ff.; vgl. auch Recht 1923 Nr. 158.
4) = L. Z. 1921 S. 299.
5) So auch R. G. Bd. 66 S. 132.

gehende Wille des einen dem anderen Teil derart erkennbar geworden sei, daß nach der durch Verkehrssitte und nach Treu und Glauben (§ 157 BGB.) gebotenen Auslegung die Erklärung nur in diesem Sinne von dem anderen habe verstanden und angenommen werden können [6]). Andererseits werde nicht jeder dem anderen Teil erkennbar gemachte Bestimmungsgrund zur stillschweigenden Bedingung, und es sei auch nicht entscheidend, ob eine Willenserklärung nicht abgegeben sein würde, wenn der Erklärende nicht von der irrtümlichen Voraussetzung ausgegangen wäre; denn dies sei bei jedem für die Erklärung kausalen Irrtum im Beweggrund der Fall. Es genüge nicht einmal, daß das vorausgesetzte Einverständnis des Vertragsgegners zum Gegenstand entscheidender Verhandlungen gemacht worden sei, erforderlich sei vielmehr, daß das Einverständnis zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Erklärung beider Parteien selbst und damit zum Vertragsinhalt geworden sei [7]).

Letzten Endes läuft also diese Entscheidung doch auf eine Ablehnung der einseitigen Voraussetzung im Sinne Windscheids hinaus — im Gegensatz zu der Entscheidung R. G. J. W. 1916 S. 1184 und dem Erkenntnis in J. W. 1920 S. 705, wo gesagt ist, daß eine Stundung unter der Voraussetzung keiner weiteren Vermögensverschlechterung möglich sei [8]) —, während sie die Geschäftsgrundlage, ohne sie zu nennen, der Sache nach anerkennt. Noch deutlicher kommt dies in der Entscheidung im Recht 1924 Nr. 156 in den Worten zum Ausdruck, daß das Bestehen der Zwangswirtschaft mit Willen beider Parteien zum Vertragsinhalt dergestalt erhoben werden könne, daß mit Aufhebung der Zwangswirtschaft die Grundlage des Geschäftes im Sinne der Parteien entfalle [9]).

Ein ausdrücklicher Hinweis auf Oertmanns Lehre [10]) und auf die Ausführungen v. Tuhrs [11]) finden wir in R. G. Bd. 108 S. 105 ff., wo das Reichsgericht einem Anerkenntnis wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage nach Treu und Glauben jede Wirksamkeit abspricht, allerdings aus dem Gesichtspunkte heraus, daß ein beiderseitiger Irrtum vorliege.

Diese Behandlung unseres Problems unter dem Gesichtspunkte des beiderseitigen Irrtums — oder auch

6) Vgl. R. G. Bd. 75 S. 274 f.; Bd. 94 S. 68.
7) So auch R. G. Bd. 55 S. 371 u. Bd. 64 S. 268.
8) Eine wörtliche Anerkennung der Voraussetzung haben wir auch in R. G. L. Z. 1915 S. 1330.
9) Ähnlich R. G. Recht 1923 Nr. 1221 (Kalkulationsgrundlage = Geschäftsgrundlage).
10) Vgl. auch R. G. Bd. 103 S. 332, Bd. 106 S. 9.
11) L. Z. 1921 S. 153 ff..

des einseitigen — ist die in den Erkenntnissen des R. G. am häufigsten anzutreffende, so z. B. in L. Z. 1926 S. 742 [12]), wo ausgeführt ist, der Irrtum in der Preisberechnung sei regelmäßig nur Irrtum im Beweggrund; werde jedoch die Berechnung zum Gegenstand der für den Vertragsabschluß entscheidenden Verhandlungen gemacht, so umfasse der Inhalt der Erklärungen beim Vertragsabschluß auch die Berechnung, sodaß ein Irrtum in ihr als Irrtum über den Erklärungsinhalt aufzufassen sei. — Zum Teil wird in diesen Entscheidungen die Regelung nach § 242 BGB. vorgenommen [13]), zum Teil aber gestatten auch gewisse Entscheidungen trotz beiderseitigen Irrtums eine Anfechtung nach § 119 [14]).

Neben diesen Entscheidungen finden sich wieder solche, die unser Problem analog § 779 BGB. behandeln [15]) oder die beiderseitige Voraussetzung im Sinne Rhodes als Kriterium nehmen. So sagt z. B. R. G. Bd. 62 S. 268: „Soweit nicht ausdrücklich eine solche Voraussetzung als Vertragsinhalt vereinbart, haben die §§ 133, 157 BGB. bei Auslegung und Ermittlung des Parteiwillens die Entscheidung zu geben“ [16]).

Eine einheitliche Linie fehlt demnach auch

12) Vgl. auch neben der grundlegenden Entscheidung in Bd. 64 S. 266: R. G. Bd. 90 S. 268; 94 S. 66; 97 S. 138; 101 S. 51; 101 S. 107; 105 S. 406, sowie J. Rdsch. 1926 Nr. 2217, 1927 Nr. 219 („Beide Vertragsschließenden haben sich übereinstimmend im Irrtum über den wirklichen Kurswert der Aktie befunden . . . . In Fällen dieser Art bedarf es der Irrtumsanfechtung überhaupt nicht, vielmehr ist für die gerechte Beurteilung schlechthin § 242 BGB. maßgebend“. Ähnlich Bd. 112 S. 333: Rücktrittsrecht nach Maßgabe der Aequivalenztheorie).

13) So RG. J. Rdsch. 1927 Nr. 219 (s. die vorhergehende Anm.) u. R. G. Bd. 108 S. 105 ff.; 112 S. 333.

14) R. G. Bd. 94 S. 65; Bd. 97 S. 138.

15) z. B. R. G. J. W. 1929 S. 184.

16) Eine nicht direkt unser Problem betreffende Entscheidung, die aber im Grundgedanken dem Parteiwillen weitgehende Geltung verschafft und folgerichtig auch die Voraussetzung anerkennen müßte, ist abgedruckt in R. G. Bd. 92 S. 320. Danach ist Vertragsinhalt alles das, was sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang der betreffenden Abreden darstellt, wenn auch die Beteiligten selbst den demnächst eintretenden Verlauf der Dinge nicht in Betracht gezogen haben (Recht des Richters zur Korrektur des Vertrages, nicht des Vertragswillens). Vgl. noch Warn. Ergänzungsband 1917 Nr. 263, S. 420, wo unter Nachweis weiterer Rechtsprechung gesagt ist, die rechtliche Möglichkeit, „das nach allgemeiner Lebenserfahrung Vernünftige auch als nach Treu und Glauben beiderseits gewollt und vereinbart gelten zu lassen“, sei wiederholt in der Rechtsprechung anerkannt worden. (Weitere Zusammenstellung daselbst S. 40 ff.). — Ähnlich der Ausspruch Krückmanns: „Der Vertrag denkt für die Parteien“ (Arch. ziv. Prax. Bd. 131 S. 7). Vgl. noch die Entscheidungen bei Krückmann Jher. Jahrb. Bd. 75 S. 29.

noch in der neuesten Spruchpraxis des Reichsgerichts; wenn auch nach anfänglicher Ablehnung jetzt mehr und mehr die Anerkennung — zumeist freilich in verschleierter Form — überwiegt. Die angezogenen Entscheidungen und viele andere [17]) lassen deutlich die Ohnmacht des Reichsgerichts gegenüber den Tatsachen des Lebens in diesem Punkte erkennen, die Unmöglichkeit, mit den im Bürgerlichen Recht *festgelegten* Normen eine gerechte Entscheidung in allen Fällen zu geben, und damit die Notwendigkeit und das Bedürfnis nach einer irgendwie gearteten Anerkennung unserer Begriffe.

17) Eine eingehende und erschöpfende Behandlung ist hier nicht beabsichtigt; zit. sind nur die besonders charakteristischen Entscheidungen. Außer den Ausführungen oben § 2 und in den Anm. 11, 12 ebendort sowie in § 9 Anm. 6 u. 8 vgl. noch u. a. die reichhaltigen Zusammenstellungen bei Krückmann Arch. ziv. Prax. Bd. 116 S. 157 ff. und bei Bielschowsky, Der Einfluß veränderter Verhältnisse usw..

Τὸ γράμμα ἀποκτείνει,
τὸ δὲ πνεῦμα ζωοποιεῖ.
Paulus. 2. Kor. 3, 6.

II. Teil.

Die Frage nach der rechtlichen Qualität der Begriffe.

1. Allgemeines.

§ 12.

Rechtspolitische Gründe, die eine Anerkennung fordern.

Im ersten Teil unserer Untersuchung gaben wir einen allgemeinen Überblick über den Charakter der Begriffe und deren Behandlung in Wissenschaft und Praxis. Nach diesem historisch-systematischen Teil kommen wir nun, nachdem wir auch die Unterschiede zwischen den Begriffen uns klar gemacht haben, zur kritischen Stellungnahme und insbesondere zur Frage nach der dogmatischen Begründung. Wir haben zu untersuchen, ob wir die Begriffe der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage — sei es in der Prägung ihrer Begründer, sei es in anderer Form — grundsätzlich als praktisch brauchbar, d. h. als geltendes Recht, anerkennen können und worauf wir gegebenenfalls ihre Beachtbarkeit stützen wollen.

1. „Das Problem unserer Arbeit ist zu einem Zentralproblem der modernen Rechtswissenschaft und -anwendung geworden, zu einem Problem, über dessen geradezu ungeheure praktische Bedeutung uns erst die Lehren des Weltkrieges die Augen geöffnet haben“ [1]). Selbst die fanatische Gegnerschaft, welche die Lehren Windscheids und Oertmanns bei manchen, besonders bei extremen Positivisten, gefunden haben früher und heute, hat es nicht zu beseitigen und in seiner Bedeutung zu erschüttern vermocht [2]).

1) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 1; vgl. auch die Ausführungen oben § 2 (S. 5 f.).
2) S. oben § 5 (S. 10); vgl. auch Windscheids Prophezeiung im Arch. ziv. Prax. Bd. 78 S. 197.

Deshalb ist es eine selbstverständliche Forderung, daß man, sofern eine Anerkennung im Rahmen des geltenden Rechts überhaupt möglich ist, sich gegen diese Rechtsinstitute nicht länger sträuben sollte.

Wenn es auch richtig ist, wie Oertmann hervorhebt [3], daß in sehr vielen Fällen, in denen Windscheid von Voraussetzung spricht — und dasselbe gilt auch für die Geschäftsgrundlage —, andere Rechtsfiguren besser anwendbar wären, und aus diesem Grunde besonders es zu verstehen ist, daß bezüglich unserer Begriffe ein solches Tohuwabohu der Meinungen besteht; — es gibt Fälle, in denen die Parteien oder eine von ihnen einen in Wahrheit nicht vorhandenen Umstand als in der Vergangenheit bereits eingetreten oder in der Gegenwart bestehend irrig ihren Verhandlungen und Willenserklärungen zugrunde legen, es gibt Fälle, in denen es im höchsten Grade unbillig wäre, wenn die betreffende Partei an den Vertrag gebunden wäre, soweit § 119 BGB. und verwandte Bestimmungen nicht Platz greifen [4]). Hier kann eine vernünftige Anwendung der Begriffe Voraussetzung und Geschäftsgrundlage im Verein mit der Lehre von Treu und Glauben oft zu einer billigen und gerechten Entscheidung führen, die auch dem Geiste des Gesetzes entspricht (§ 242 BGB.).

2. „Das in Rechtslehre und Rechtsprechung beliebte Verfahren, angesichts solcher Voraussetzungen, welche man schlechterdings nicht ignorieren kann, des Altmeisters Windscheids Lehre von der Voraussetzung in bis zum Überdruß wiederkehrenden Wendungen abzuschwören, darauf aber flugs die Voraussetzung zu einer stillschweigenden Bedingung oder Unterstellung umzufälschen, heißt anbeten, was man soeben verbrannt hat, heißt das Problem der Voraussetzung mit Keulen totschlagen, heißt endlich jede Rechtssicherheit auf diesem Gebiete zugrunde richten" [5]). Die Ablehnung in der Praxis ist in der Tat mehr Schein als Wirklichkeit — das Reichsgericht hat wiederholt bei seinen Entscheidungen die Voraussetzungs-

---

3) Komm. I Vorbem. 1 d vor § 158, 4. Abs..

4) Ein überaus instruktives Beispiel gibt Plum. Leider wurde der Verf. auf diese Veröffentlichung (vgl. Lit.-Verz.), in der an Hand eines Aktienkaufes in ungemein anschaulicher Weise knapp und erschöpfend zugleich ein Überblick über fast das gesamte Schrifttum und die Rechtsprechung gegeben wird, erst durch eine Anmerkung des Herrn Referenten nach völligem Abschluß der Arbeit aufmerksam. Die Darlegungen Plums konnten deshalb in dieser Untersuchung nicht mehr gebührend berücksichtigt werden.

5) Henle, Unterstellung S. 40.

lehre angewandt[6]) —, sie richtet sich mehr gegen die Konstruktion als gegen die Sache. Doch **vor der juristischen Konstruktion** ist — so sagt das Reichsgericht selbst[7]) — stets **die Wirklichkeit des Lebens** und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen, und gewisse Härten einer strengen Durchführung des Prinzips sind, soweit es mit den Bestimmungen und dem Geist des Gesetzes nur eben vereinbar ist, durch wirtschaftlich gerechten Ausgleich zu mildern; denn das höchste Ziel muß Gerechtigkeit sein. Die Gesetze werden gemacht, das Recht aber nicht, es wächst. Gesetze sind immer mehr oder weniger das Ergebnis einer Zufallsmehrheit; das Recht aber wurzelt im Volksgewissen, es wird fortgebildet durch Sitte, Brauch, Gewohnheit, durch das Leben; und immer wird es abhängig sein von den jeweiligen gesellschaftlichen Anschauungen, von Moral und Sittlichkeit eines Volkes; immer wird es sich anpassen müssen den Bedürfnissen des Lebens und den Veränderungen der Lebensordnung[8]). — Gesetze sind nicht um ihrer selbst willen da; wohin eine extrem-positivistische wirklichkeitsfremde konstruktive Jurisprudenz führen kann, das beweisen mit warnender Deutlichkeit die Entscheidungen des Reichsgerichts aus der frühen Inflationszeit, daß Mark gleich Mark sei.

§ 13.

Kurzer Abriß einer Rechtsquellenlehre.

Ist nun eine Anerkennung der Begriffe im Rahmen des geltenden Rechts möglich? — Oertmann beginnt, nachdem er vorher die gesetzlichen Einzelfälle aufgezählt und behandelt hat, die nach seiner Ansicht nur unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage verstanden werden können, den Abschnitt

6) Vgl. R. G. Bd. 60 S. 59, Bd. 90 S. 180 (anders S. 375); Recht 1920 Nr. 2364 und auch wohl J. W. 1926 S. 790.

7) R. G. Bd. 99 S. 234; 100 S. 132 ff.; 104 S. 397; 113 S. 418; R. G. J. W. 1927 S. 41, 1931 S. 40. Vgl. auch aus der Literatur Staub-Hachenburg, G. m. b. H.-Gesetz 1926 § 13 Anm. 1; Gierke, Handelsrecht 1929 S. 347 (Zur Frage der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage wird in diesen andere Fragen behandelten Schriften freilich keine Stellung genommen).

8) Vgl. R. G. Bd. 104 S. 397 (III. Senat): „Weder die vertraglichen noch die gesetzlichen Bestimmungen reichen gegenüber dieser Entwicklung der Verhältnisse aus, um die zur Entscheidung stehenden Fragen zur Lösung zu bringen. Der Richter muß deshalb im Rahmen jener Bestimungen selbstschöpferisch die Entscheidung treffen. Maßgebend ist hierfür der Grundsatz, daß eine von den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit geleitete Ausgleichung der wirtschaftlichen Interessen der beiden Parteien stattzufinden hat."

über die Frage nach der Beachtbarkeit der Geschäftsgrundlage im allgemeinen mit den Worten: „Die Untersuchungen ergaben ... eine große ... Anzahl von Fällen, wo die Anerkennung der Geschäftsgrundlage das leitende rechtspolitische Prinzip gebildet hat. Und es macht für dessen Wirksamkeit . . . nicht viel aus, ob es den Verfassern der Gesetze in seiner theoretischen Eigenart bereits geläufig war oder nicht“ [1]). Das ist richtig, aber eine allgemeine Anerkennung kann man mit diesem Argument doch wohl nicht beweisen. Oertmann leitet dann auch in Wirklichkeit die Geschäftsgrundlage aus der allgemeinen Regel des § 242 BGB. ab und unterstützt diese Ableitung lediglich durch rechtspolitische und sozialethische Erwägungen. Ähnlich behandeln alle anderen Schriftsteller, wie wir gesehen haben, unsere Begriffe entweder unter Hinweis auf § 242 oder analog einer anderen Bestimmung des BGB., wobei die §§ 812 und 779 die Hauptrolle spielen. —

Um nun aber hierzu — zu der allgemeinen Behandlung unseres Problems in Wissenschaft und Praxis — und insbesondere zu der Frage nach der rechtlichen Qualität der Begriffe kritisch Stellung nehmen zu können, ist es in einer eingehenden Untersuchung unerläßlich, noch tiefer zu schürfen. Wir müssen von dem Grundsätzlichen ausgehen und die Frage nach dem Wesen des Rechts überhaupt aufwerfen, die Frage, was geltendes Recht ist, wodurch es zustande kommt und wie seine Anerkennung sich vollzieht [2]). Denn unbestritten ist, daß weder Voraussetzung noch Geschäftsgrundlage ausdrücklich im Gesetz anerkannt sind.

1. Kant sagt [3]): „Die Juristen können den Rechtsbegriff nicht finden, sie müßten dann erst ihre empirischen Prinzipien (das heißt das positive Recht) verlassen und in der bloßen Vernunft die Quellen des allgemeinen Kriteriums für Recht und Unrecht suchen“. — Das, was die Juristen nicht finden können, d. h. was praktisch nicht zu ver-

---

1) Geschäftsgrundlage S. 124.

2) Man könnte auch statt von Gesetz und Recht vom Vertrage ausgehen — wie Wacup S. 24 —; da dieser Weg aber unbedingt zur Auslegung als Lösung des Problems führen müßte, erscheint der hier eingeschlagene Weg richtiger. Nur wenn eine Anerkennung der Begriffe nach Gesetz, Gewohnheitsrecht usw. (nach dem geltenden Recht) nicht möglich ist, bleibt als letztes Hilfsmittel die Frage nach der lex contractus. — Vgl. zu den Ausführungen dieses Paragraphen: Bergbohm; Darmstaedter; Endemann, Rechtsquellen; Jung, Rechsregel und Rechtsgewissen, Über die logische Geschlossenheit des Rechts, Problem S. 330 ff; Lukas; Rümelin; Tartarin-Tarnheyden (s. Literaturverzeichnis). Siehe auch die Literatur unten im § 15 Anm. 1.

3) Metaph. Gründe der Rechtslehre, ges. Werke (v. Hartenstein. 1868) VII, S. 26 ff..

wirklichen ist, ist aber nur das Idealbild des Rechts in der Form der ethisch absolut richtigen Norm. Das positive Recht hat es jedoch nicht hiermit zu tun — wenn auch das höchste Ziel immer das Streben nach Vervollkommnung im Sinne des richtigen Rechts sein wird —, sondern es hat zum Zweck die Regelung des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft des Staates; es regelt nur das äußere Verhalten der Menschen und kann deshalb an diese auch nicht derart kategorische Anforderungen stellen wie die Religion, Ethik und Moral. Vielmehr muß es mit den Bedürfnissen, besonders auch mit all den Mängeln und Schwächen der Menschheit, den Unvollkommenheiten und Unebenheiten des täglichen Lebens rechnen. Jeder Rechtsinhalt ist relativ und temporal bedingt und muß es sein. Und wenn die Politik werdendes Recht ist, so ist doch auch das Recht nur wie die Politik eine Kunst des Möglichen; man spricht nicht mit Unrecht vom Recht als ethischem Minimum.

Das Recht erstrebt nur Gerechtigkeit in diesem Rahmen — die Garantierung der äußeren Grundlagen für ein gedeihliches Zusammenleben der Gesellschaft —; es enthält, um diese zu verwirklichen, wie Moral und Sitte Gebote, welche die Menschen zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten, daneben Gewährungen (subjektive Rechte). Das Recht ist aber mehr als Religion und Ethik an der praktischen Zweckmäßigkeit orientiert. Es erläßt auch seine Gebote nicht vornehmlich im Interesse des Einzelnen, sondern der Gesamtheit, im Interesse des Staates; darum befiehlt es mit bindender Kraft. Jhering sagte, indem er hierauf das Hauptgewicht legte: „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate bestehenden Zwangsnormen“ [4]) [5]). Es bedarf also einer Einrichtung, welche die Möglichkeit hat, mit bindender Kraft zu befehlen. Dies ist für das staatliche Recht der Staat; auf dem Willen der im Staat organisierten Gemeinschaft der Menschen beruht das Recht [6]).

Der Wille der Gemeinschaft kann sich äußern in der ausdrücklichen Satzung der von dieser Gemeinschaft gewählten oder geduldeten Personen oder Körperschaften (im Gesetz), er kann sich auch stillschweigend äußern in der

---

4) Jhering, Zweck im Recht (3. Aufl. 1893) I, Bd. VIII, 2, 10.

5) Erzwingbarkeit gehört zwar nach der heute überwiegenden Ansicht nicht zum Begriffsmerkmal des Rechts; doch wird die Befolgung der Rechtsgebote tatsächlich durch die Androhung von Zwang erstrebt und auch durch staatliche Zwangsmittel geschützt und garantiert.

6) Vgl. auch Art. 1 der Reichsverfassung.

stetigen Übung (Gewohnheitsrecht). Gesetz und Gewohnheit sind somit die allgemein anerkannten gleichwertig nebeneinander stehenden Quellen des jeweils in der Gemeinschaft (im Staat) geltenden Rechts[7]). — Auf unsere Begriffe angewandt lautet also die Frage nach der rechtlichen Qualität: Sind Voraussetzung oder Geschäftsgrundlage Rechtseinrichtungen, die im Gesetz anerkannt oder durch Gewohnheit gebildet und gebilligt sind? Dies ist zu verneinen, denn eine ausdrückliche Anerkennung findet sich nicht in den geltenden Gesetzen, und auch die Behauptung, daß sie durch Gewohnheit verankert seien, hat noch niemand aufgestellt, ein sicheres Zeichen dafür, daß eine gewohnheitsrechtliche Sanktionierung bis heute nicht erfolgt ist.

2. Damit ist aber eine endgültige Antwort auf unsere Frage nach der dogmatischen Grundlage der Begriffe — die nach dem vorausgehenden die rechtliche Qualität derselben verneinen müßte — noch nicht gefunden. Wenn wir auch feststellten, daß eine ausdrückliche Anerkennung im Gesetz nicht enthalten ist, und wenn auch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ausscheidet, so kann es sich bei den Begriffen trotzdem um objektiv geltendes Recht handeln; denn das Gesetz besteht aus einzelnen Rechtssätzen und diese wieder können spezielle oder allgemeine Anordnungen treffen, sie können regelmäßiges oder regelwidriges (singuläres), allgemeines oder Sonderrecht enthalten, strenges, billiges und dispositives Recht, ermächtigende Rechtssätze und Auslegungsvorschriften. Häufig wird zudem im Gesetz auf das richterliche Ermessen und die Verkehrssitte Bezug genommen, sodaß auf diesem Wege auch Gerichtsgebrauch und schließlich die Erkenntnisse der Wissenschaft mittelbare Bedeutung für das Recht gewinnen, obgleich sie rechtsbegründend nur durch die ständige Übung wirken können und zur Rechtsquelle erst werden, wenn sie Gewohnheitsrecht geworden sind[8]).

Hier hat unsere Untersuchung nach der Rechtsqualität von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage einzusetzen, und zwar müssen wir insbesondere auch die verschiedenen rechtsphilosophischen Richtungen, bei denen sich auf den Extremen

---

7) Vgl. L. 6 § 1 Dig. 1, 1: „ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: *τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.* S. auch § 9 Inst. 1, 2: ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprabati legem imitantur. — Vgl. hierzu auch Kübler, Geschichte S. 126 ff..

8) Da es sich im vorhergehenden um allgemein anerkannte Erkenntnisse der modernen Rechtswissenschaft handelt, ist auf den Nachweis quellenmäßiger Belege verzichtet.

abstrakter Positivismus und Freirechtsschule gegenüberstehen, in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen [9]).

§ 14.

2. Die Sanktion durch § 242 BGB. (Entwicklung und kurze Skizzierung der eigenen Meinung).

Kohler sagte in der Vorrede seines Lehrbuchs der Rechtsphilosophie [1]) schon im Jahre 1909: „Daß der bloße Historismus nicht frommt, daß das einfache Kleben an dem Praktischen unser juristisches Denken erniedrigt, daß die bloße Konstruktion des vorhandenen Rechtes nicht ausreicht, das alles hat sich in den letzten Jahrzehnten aufs Offenkundigste gezeigt. Schon die vielen gesetzespolitischen Probleme mußten es klarlegen, daß der Positivismus im Rechte haltlos ist, und wer Rechtspolitik treiben will, der ist schon halb und halb auf dem Gebiete der Philosophie; denn wer Rechtspolitik mit Geschichte verbindet, der weiß sofort, daß jede Zeit ihre Erfordernisse [2]) hat und den an sie gestellten Aufgaben entsprechen soll". — Aus diesem Satz spricht die Tendenz und Einstellung der Zeit.

1. Die unter den rechtsphilosophischen Systemen heute vorherrschende Richtung ist die **evolutionistische.** Es sei gleich hier gesagt, was schon aus der Einleitung hervorgeht, daß sich zu ihr auch der Verfasser bekennt.

Wüstendörfer [3]) sieht den Hauptunterschied zwischen den Rechtsfindungsmethoden früher und heute darin, daß er sagt, nach der alten Methode sei gegenüber der Logik, Philologik und Historik von Tatbestandssubsumtion und Gesetzesauslegung das Rechtsgefühl des Richters als unterwertiger Faktor zurückgetreten, neuerdings aber betrachte man das sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl des Richters demgegenüber als überwertigen Faktor der Rechtsfindung. Das ist gewiß nicht richtig; weder trifft es für die moderne Rechtsprechung der Ober- sowenig wie der erstinstanzlichen Gerichte zu, noch ist in der Theorie das Rechtsgefühl des Richters

---

9) Diesen Weg ist bisher noch niemand gegangen, doch ist es der nächstliegende, denn jede Streitfrage, jedes Problem muß man an der Wurzel fassen, wenn man die Lösung finden will. Nach der Erkenntnis des Was und Woher muß man fragen warum? Dann erst kann man die weitere Frage nach dem Wie stellen.

1) Berlin u. Leipzig 1909 (3. Aufl. 1923).

2) Gesperrt v. Verf..

3) Die Rechtsprechung am Wendepunkt (Arch. ziv. Prax. Bd. 110 S. 223).

als derart dominierend anerkannt; trotzdem natürlich ein gewisses Fingerspitzengefühl neben der Logik erste Voraussetzung für juristisches Denken und jede richterliche Tätigkeit überhaupt ist. Soviel ist aber wahr an den Ausführungen Wüstendörfers, daß Theorie und Praxis sich mehr und mehr von der formal-logischen Abstraktion aus Begriff und Prinzipien abgewendet haben, daß an die Stelle intellektualistischer Deduktion oder wenigstens gleichwertig neben sie die induktive Rechtsfindung getreten ist, die den konkreten Tatbestand unter weitgehender Berücksichtigung der ethischen sowie der wirtschaftlichen und sozialen Gestaltungen der Gegenwart [4]) der abstrakten Norm des Gesetzes unterordnet und das Hauptgewicht auf ein praktisch brauchbares gerechtes Ergebnis legt. Die so gefundene Entscheidung wird aber auch heute noch ängstlich in irgendeiner, sei es noch so gekünstelten, oft an den Haaren herbeigezogenen [5]) Form aus dem Gesetze belegt; das beweist in klarster Weise das oben geschilderte beim Reichsgericht so beliebte Verfahren, Voraussetzung und Geschäftsgrundlage zwar formell abzulehnen, sie materiell aber dann doch unter Umbiegung auf im Gesetz anerkannte Begriffe wie stillschweigende Bedingung, Irrtum usw. anzuerkennen.

Somit wird heute zwar mehr als früher erwogen, ob Rechtsinstitute und Vorschriften des Gesetzes dem Zweck, den sie erfüllen sollen, auch wirklich dienen können, und es wird dem folgend in der Rechtsprechung bei Auslegung des Gesetzes und namentlich bei der Ausfüllung seiner Lücken weitgehend bei zielstrebiger Interessenabwägung dem Entwicklungsprinzip Rechnung getragen — an die Stelle von Formalismus und Begriffsjurisprudenz trat die voluntaristische Realjurisprudenz —, doch ganz haben wir der logischen Konstruktion nicht entraten.

2. Und das ist richtig. Denn wenn wir auch oben mit dem Reichsgericht betonten [6]), daß vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tat-

---

4) Auch neue Begriffe sind auf diesem Wege, aus dem Bedürfnis heraus, entstanden; z. B. die Begriffe der Gefährdungsaufrechnung, der positiven Vertragsverletzung; auch die Lehre von der culpa in contrahendo ist aus dem Gesetze induktiv gewonnen und erst allmählich ausgebaut worden.

5) Vgl. R. G. in J. W. 1921 S. 537 (Irrtum des Klägers über eigene Eigenschaften, der sogar in einer fahrlässigen Unterlassung näherer Erkundigungen seinen Grund hatte, als Irrtum im Sinne von § 119 Abs. II BGB.!).

6) Vgl. § 12 (S. 44).

sachen zu berücksichtigen sind, so müssen wir doch, solange wir kein kasuistisches Recht haben, jede Entscheidung auf die Begriffsbildungen und Normen des geltenden Rechts, d. h. in erster Linie des Gesetzes, zurückführen und aus dem Gesetz — nicht aus dem Gefühl — belegen können, wenn sie richtig sein soll im Sinne des geltenden Rechts. Eine teleologisch-voluntaristische Betrachtungsweise im Sinne der evolutionistischen Richtung ist hiermit aber sehr gut vereinbar; denn man braucht nicht — wie das Reichsgericht — künstlich andere anerkannte Rechtsbegriffe umzubiegen, um der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage Geltung zu verschaffen. In der Blankettvorschrift des **§ 242 BGB.**, der Magna Charta libertatis des deutschen Richters, haben wir die Norm, durch welche in vorzüglicher Weise unser abstraktes Recht gemildert und dem Gedanken des aequum et bonum eine bedeutsame grundlegende Stellung innerhalb unseres ganzen Rechtssystems eingeräumt ist.

Es entspricht dieser Vorschrift, daß zwar wie bei Spiel und Wette und beim Börsentermingeschäft auch bei anderen Geschäften mit spekulativem Charakter jede Partei die Gefahr selbst tragen muß — und ebenso ist es dann, wenn sie trotz Erkennens einer gewissen Unsicherheit, eines Risikos, ausdrücklich fest abgeschlossen hat, denn damit hat sie die Gefahr übernommen —; aber im übrigen muß, soweit es sich nicht um Begebenheiten handelt, die im eigenen Lebenskreis sich ereignen, den jede Partei am besten selbst kennen muß [7]), die Berufung auf Voraussetzung und Geschäftsgrundlage erlaubt sein. Das entspricht Treu und Glauben und ist nichts anderes als die **letzte Konsequenz aus der Gegenseitigkeit der Verträge,** aus der Möglichkeit der Parteien, durch lex contractus — soweit nicht, wie bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften, das Gesetz entgegensteht — ihren Willen im Rechtsgeschäft zu fixieren.

Leistungen sind so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; damit ist gesagt, daß gesellschaftliche Beurteilungsfaktoren in ihrer jeweiligen Prägung in weitgehendem Maße zum Inhalt des geltenden Rechtes gehören und deshalb bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind. Sie sind nicht nur bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, sondern

---

7) Vgl. die Darstellung der Lehre Krückmanns oben § 10, 3 b (S. 36).

auch bei der Rechtsschöpfung[8]), bei der Auslegung und Ergänzung des Rechts durch Ausfüllung von Lücken.

Das Gesetz selbst huldigt also dem evolutionistischen Gedanken, es trägt dem Entwicklungsprinzip Rechnung[9]); wir können deshalb auch, sofern wir nicht einem übertriebenen Dogmatismus das Wort reden oder historischer Betrachtung allzu großes Gewicht beilegen wollen, bei Berücksichtigung der organischen Fortbildung des Rechts und seiner Anpassung an die Bedürfnisse der Zeit Begriffe wie **Voraussetzung und Geschäftsgrundlage anerkennen,** ohne im extremen Fahrwasser der Freirechtsschule zu landen. Wir können die Begriffe anerkennen, **ohne den Boden des positiven Rechts zu verlassen.** Denn positives Recht ist alles Recht im objektiven Sinne, das geltende Recht im Gegensatz zu dem seinsollenden Rechte.

Dieses näher zu beweisen und die Form zu finden, in welcher wir die Begriffe oder einen von ihnen anerkennen dürfen, soll im folgenden versucht werden. Und zwar geben wir in den §§ 15—17 die philosophische Grundlegung, im § 20 die dogmatische Rechtfertigung, um daran anschließend die Frage nach der Form der Begriffe (§ 21) und der Rechtsfolge ihrer Anerkennung (§ 22) zu behandeln.

3. Rechtsphilosophische Grundlegung.

§ 15.

Die philosophischen Schulen (Historische Schule, Naturrecht, Freirechtsbewegung).

Um unsere rechtsphilosophische Einstellung klar zu kennzeichnen — und damit den Ausgangspunkt der hier gegebenen Lösung eindeutig festzulegen — ist es notwendig, kurz den Charakter der evolutionistischen Richtung in der Rechtswissenschaft einmal gegenüber der historischen Schule und dem Naturrecht, zum anderen gegenüber den Lehren und Bestrebungen der Freirechtsbewegung abzugrenzen. Gleichfalls wollen wir untersuchen, ob sich eine An-

8) Unser ganzes Arbeitsrecht, Versicherungsrecht, Wettbewerbsrecht und manche anderen Rechtssysteme tragen wie viele Gelegenheitsgesetze und -verordnungen den Stempel der Zeit; sie wären unter einer anderen Staats-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung nicht denkbar.

9) Ähnlich — ohne Hinweis auf die evolutionistische Richtung — Hamburger D. J. Z. 1921 S. 929 f.; Oertmann D. J. Z. 1931 S. 265.

erkennung unserer Begriffe auch unter dem Gesichtspunkt des „richtigen Rechts" im Sinne Stammlers rechtfertigt [1]).

1. Die historische Schule, humanistisch orientiert, betrachtete das Recht ebenso wie die evolutionistische Richtung als Ergebnis einer langdauernden Entwicklung, doch anders wie diese war sie doch allzu sehr in der geschichtlichen Entwicklung verwurzelt und kam so trotz methodischer Quellenkritik zu einer Überschätzung der Resultate der Quellenforschung in der Weise, daß sie die derart gewonnenen Ergebnisse oft mit dem geltenden Recht zu identifizieren geneigt war und deshalb berechtigte Forderungen und Fortbildungen einer Neuzeit — die zu berücksichtigen gerade das Bestreben der Entwicklungsjurisprudenz ist — zugunsten des geschichtlich Überkommenen, namentlich des rein römischen Rechts, zurückzudrängen sich gezwungen sah. Im Widerspruch zum eigentlichen Wesen der Richtung ist daneben auch eine Überschätzung der Abstraktion und des rein logischen Erkenntnisses namentlich unter dem Einfluß römisch-rechtlicher Begriffsbildungen bei Savigny und Puchta recht häufig.

Wenn auch in der Ausprägung bei Savigny unter dem Einfluß der Romantik die organische Schauung des Rechts als Erzeugnis des Volksgeistes sich durchsetzte, so kam doch die Forderung nach Anpassung des Rechts an die Bedürfnisse der

1) Eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten und Lehren geht über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus; es sei nur an dieser Stelle neben den schon zitierten oder im Literaturverzeichnis genannten Werken eine kleine Auswahl aus dem (auch für die letzten Paragraphen) einschlägigen Schrifttum gegeben. Hierauf wird ein für allemal Bezug genommen. — Grundlegende Werke: Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 5 Bd. (1894—1917); Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I. 1892; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912; Wund, Das Recht (9. Bd. der „Völkerpsychologie") 1918; Sauer, Grundlagen der Gesellschaft 1924. — Zusammenfassungen: In den Lehrbüchern (z. B. Enneccerus Allg. Teil d. Bürg. Rechts 11. Bearbeitung §§ 20—23, §§ 27 ff.). Außerdem: Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1922, Rechtsphilosophie (Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, Teil I, 1930); M. E. Mayer, Rechtsphilosophie 1926. — Monographien: Wenzel, M., Juristische Grundprobleme, zugleich eine Untersuchung zum Begriffe des Staates und Problemen des Völkerrechts Bd. 1. „Der Begriff des Gesetzes" 1920; Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung (eine rechtsdogm. Untersuchung) 1925; Kaufmann, Felix, Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre 1924; Stark, B., Die Analyse des Rechts 1916; Wurzel, Die Sozialdynamik des Rechts 1924; Salomon, M., Das Recht als Idee und als Satzung 1929; Stoll (vgl. Literaturverzeichnis). — Die in dieser Arbeit im folgenden besprochenen oder noch ausdrücklich genannten Schriften werden an den einzelnen Stellen zitiert.

Gegenwart, die freilich schon Thibaut der historischen Schule entgegenstellte, bei deren Vertretern zu kurz. Hierauf mit Nachdruck hingewiesen zu haben, ist neben der Einführung der Zweckbetrachtung und der voluntaristisch-teleologischen Hinwendung zu den praktischen Aufgaben des Rechts, ein Hauptverdienst und gleichzeitig das Wesen der neueren evolutionistischen Richtung — seit Jhering (Zweck im Recht) —, die also als Weiterbildung und Vervollkommnung der von den Anhängern der historischen Schule entwickelten Grundsätze anzusehen ist.

2. Auch im Naturrecht steckt etwas von dem evolutionistischen Gedanken, indem es der Menschheit das Recht garantieren soll, welches jeweils den Forderungen der Zeit am meisten entspricht, den Anschauungen von dem, was natürlich, d. h. was recht und billig ist. Daher mag es kommen, daß sich die Freirechtsbewegung als Auferstehung des Naturrechts bezeichnet [2]). Doch andererseits handelt es sich gerade bei dem statischen Normensystem des Naturrechts um das denkbar konservativste Rechtssystem, da es Ewigkeitsgeltung für sich beansprucht, für das Recht, das mit uns geboren und allen Lebewesen gemein ist. Es ist nichts anderes als die Inkarnation des Gerechtigkeitsgedankens, ausgeprägt in der Formel, daß nicht das, was Gesetz ist, Recht ist, sondern nur das, was gerecht ist. Daraus erklärt sich die Tendenz zur Absolutheit, die mehr oder weniger allen Naturrechtssystemen innewohnt.

Im einzelnen verschieden ausgeprägt — bei Grotius, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, um nur einige Hauptvertreter zu nennen — ist allen Lehren vom Naturrecht [3]) gemeinsam die Zurückführung auf die lex aeterna. Ebenso wiederkehrend in allen Variationen ist seit Aristoteles — bei Cicero und

---

2) Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft S. 10. Ausgesprochener Freirechtler mit naturrechtlicher Orientierung war freilich Raimundus Lullus, der mit seiner „ars magna" und der These „ius positivum ad ius naturale reducitur" als Vorläufer von Flavius zu bezeichnen ist (vgl. Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 18 f.).

3) Von der umfangreichen naturrechtlichen Literatur seien hier nur einige neuere Schriften genannt, die unserer Darstellung hauptsächlich zugrunde lagen: Manigk, Idee des Naturrechts, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? (vgl. Literaturverzeichnis) und Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus 1928. — Vgl. auch Stammler, Richtiges Recht S. 82 ff. und Kübler, Geschichte S. 130 ff.. — Erbitterster Gegner des Naturrechts ist Bergbohm (a. a. O. bes. S. 355—479).

Justinian, bei Thomas v. Aquin und Rousseau (contrat social) — die These, daß das *δίκαιον φυσικόν* (jus commune, jus naturale, jus divinum oder aeternum) im Gegensatz zum *δίκαιον νομικόν* als *νόμος κοινός* unabhängig von menschlicher Anerkennung oder staatlicher Satzung Geltung besitzt; eine Doktrin, die zum Teil auch dogmatische Anerkennung gefunden hat[4]) und im geltenden Codex iuris canonici noch heute anerkannt ist[5]).

Aber wenn auch die Nützlichkeit des Naturrechts für die Rechtsmethodik unleugbar ist und seine Wirkungen in der Befreiung des Individuums von mittelalterlichen Bindungen und Einschränkungen ungeheuer waren; wenn wir auch dem Naturrecht erst die große Idee und Verwirklichung des Rechtsstaats verdanken: Rechtsquelle sind das Naturrecht und sein Vernunftrechtssystem nicht. Nicht rationalistisch-subjektiv, sondern nur soziologisch-objektiv wird eine Rechtsnorm erzeugt, und rechtliche Bindung nur durch Objektivierung im staatlichen Gesetz oder in der dem Volksgeist entspringenden Gewohnheit[6]). Das hat das Naturrecht selbst erkannt, als es im 18. Jahrhundert nach dem Gesetzgeber rief, der die Forderungen der ratio naturalis sanktionieren sollte.

Es ist der Gegensatz zwischen einem materialen Geltungsprinzip, auf Grund dessen man das Naturrecht anerkennen könnte, und dem formalen Geltungsprinzip des positiven Rechts, der hier klafft[7]); der Gegensatz zwischen Idee und Wirklichkeit. Deshalb wäre es ein müßiges Beginnen, die Begriffe Voraussetzung und Geschäftsgrundlage aus den Gedanken des Naturrechts heraus rechtfertigen zu wollen[8]), wenngleich der naturrechtliche Satz „pacta sunt servanda" richtig verstanden nur lauten kann: Verträge sind **so** zu halten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und man auch gerade diesen Satz ebenso zur Rechtfertigung der Forderung anführen kann, daß der in-

4) Vgl. z. B. Gaius I, 1 und D. 41, 1, 1; Glosse zum Prolog des Sachsenspiegels: „Ein gesatzt Recht mag wol das andere aufheben, aber kein natürliches Recht mag es abtun."
5) can. 6, 6 § 1.
6) Vgl. Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 28, 33.
7) Vgl. Kelsen, Naturrechtslehre S. 8.
8) Man hat freilich versucht, mit naturrechtlichen Argumenten gegen die Gesetzeswillkür der Aufwertungsperiode anzugehen, — und gerade in der Frage der Aufwertung spielen unsere Begriffe eine große Rolle —; vgl. Goldschmidt „Aufwertungskrise", bes. S. 16.

nerste Parteiwille, der im Vertrage „einen wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat", zu berücksichtigen ist, wie man die Forderung der Formaljurisprudenz, Verträge seien unbedingt zu halten wie sie abgeschlossen sind, daraus ableitet. — Doch mit Recht sagt Stammler[9]), das Naturrecht habe die Aufgabe eines Richtmaßes; es sei mit dem positiven Recht keineswegs unverträglich, es solle neben ihm bestehen[10]), denn seine Geltung sei eine Geltung anderer Art. Und mit Manigk müssen wir sagen[11]), daß die Bindung des positiven Rechts nur soweit reicht, als sein Bindungswille erkennbar zum Ausdruck gekommen ist.

Es gilt, gegen die positivistische Ideologie — namentlich Bergbohms[12]) — von der logischen Geschlossenheit des Gesetzes Front zu machen, und gegen die Ansicht, der Stoff für die Rechtsfindung werde dem Richter fix und fertig vom Gesetzgeber geliefert. Der Jurist muß das Leben studieren, wenn er seine Stellung richtig ausfüllen will. Und bei verständiger Handhabung und Auslegung des Gesetzes ist ihm die Möglichkeit gegeben, in weitgehendem Maße außerpositive Elemente und rationale Gesichtspunkte bei der Rechtsprechung zu verwerten, ohne mit der Norm des Gesetzes in Widerspruch zu geraten[13]). So gesehen begegnen sich die Forderungen des Naturrechts mit denen des Evolutionismus[14]).

3. In letzter Hinsicht gehen jedoch zu weit die Forderungen der Freirechtsbewegung[15]). Manche ihrer

9) Wirtschaft und Recht S. 170; ebenso Richtiges Recht S. 88.

10) Anderer Ansicht Kelsen a. a. O. S. 31, allerdings mit der Einschränkung, daß das Naturrecht nur in der Besonderheit seiner, das positive Recht gänzlich ausschließenden Idee nicht aufrecht erhalten werden kann, daß es sich dem geltenden Recht anpassen muß (a. a. O. S. 36).

11) Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 33; Idee des Naturrechts S. 30.

12) a. a. O. S. 373 ff..

13) Vgl. hierzu auch Danz, Auslegung, namentlich S. 100 ff., S. 144 ff..

14) Es gibt freilich Reichsgerichtsurteile, die sich im wesentlichen auf rein naturrechtliche Argumente stützen; so das Urteil in dem Falle, in welchem auf die Vernichtung einer widerrechtlich erlangten photographischen Aufnahme der Leiche Bismarcks geklagt war. Aus den Gründen: „Es ist mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar, daß jemand das unangefochten behalte, was er durch widerrechtliche Handlung erlangt und dem durch dieselbe in seinen Rechten Verletzten entzogen hat" (zit. bei Stammler, Richtiges Recht S. 110).

15) Vertreter der Freirechtsbewegung sind namentlich: Gnaeus Flavius, Kampf; Fuchs (sämtliche Schriften, bes. Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz) —, vgl. Literaturverzeichnis. Siehe außerdem Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903, Stampe D. J. Z. 1905 S. 417 ff., S. 713 ff., S. 1017 ff.; Freirechtsbewegung

Vertreter haben etwas von der ideologischen Natur eines Tolstoi und der anarchistischen Kritik eines Max Stirner. Die viel zitierte Formel Reichels[16]: „Der Richter ist kraft seines Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen[17]) dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt im Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde als durch deren Außerachtlassung" zeugt von hehrem Idealismus und von großem Vertrauen zu den Fähigkeiten und dem Beurteilungsvermögen der deutschen Richter; doch solange wir eine Dreiteilung der Gewalten haben, und solange unsere Rechtsordnung auf grundsätzlich abstrakter Regelung aufgebaut ist, ist die Erteilung eines solchen Freibriefes an den Richter, der ihm noch mehr gäbe als das allgemeine richterliche Prüfungsrecht und ihn autonom machen würde, nicht tunlich, geschweige denn mit dem geltenden Recht zu vereinbaren[18]).

a) Etwas anderes ist es hinwieder, wenn Burckhardt formuliert[19]): „Die Gesetzgebungskompetenz hat . . . nur Sinn

---

1911, Aus einem Freirechtslehrbuch, Arch. ziv. Prax. Bd. 110 S. 119 ff.; Rumpf, Gesetz und Richter 1906. — Gegner der Freirechtsschule sind besonders Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892; Stammler, Richtiges Recht, namentlich S. 90; auch Bülow, Recht 1906 S. 769 ff.. — Eine Zusammenstellung der Literatur der modernen Rechtsquellenbewegung gibt Jung, Problem S. 330 ff.; vgl. hierzu auch Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, sowie die im folgenden noch zitierten Schriften.

16) Gesetz und Richterspruch S. 142.

17) Gesperrt v. Verf..

18) Der Richterverein beim Reichsgericht hat sich freilich diese Formel in gewissem Sinne zu eigen gemacht, indem er in der bekannten öffentlichen Kundgebung gegen die Regelung der Aufwertung erklärte, es könne dem Richter nicht die Anwendung eines Gesetzes zugemutet werden, das als „Verstoß gegen Treu und Glauben, als unsittlich seiner unsittlichen Folgen wegen, als eine verfassungswidrige Enteignung oder als eine dem verfassungsmäßig gewährten Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung hohnsprechende Steuer rechtsunwirksam wäre". Bekanntlich folgte ein offenes Antwortschreiben des Reichsjustizministers, in welchem dieser zum Ausdruck brachte, es würde „zur Auflösung der Rechtsordnung und zu einer unheilvollen Erschütterung des Staatsgefüges führen, wollte das Gericht für sich in Anspruch nehmen, ein verfassungsmäßig zustande gekommenes Gesetz nicht anzuwenden, weil es nach Ansicht der Mehrheit seiner Mitglieder mit dem allgemeinen Sittengesetz nicht in Einklang steht". (zit. bei Goldschmidt a. a. O. S. 13). Der dritte Senat des R. G. hat denn auch bald erklärt, daß grundsätzlich der Richter nicht befugt sei, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetze seines Inhaltes wegen die Anwendbarkeit zu versagen (R. G. D. J. Z. 1924 Sp. 210). Vgl. hierzu auch Stoll, Jher. Jahrb. Bd. 76 S. 202 ff..

19) Lücken S. 105.

als Mittel zur Verwirklichung des Vernünftigen und Gerechten, wie das positive, gesetzte Recht nur als Versuch zum Richtigen Berechtigung hat. Es muß zunächst gelten, auch wenn es als mangelhaft oder sogar ungerecht erscheint. Aber was offenbar ungerecht ist, was handgreiflich unvernünftig[20]) oder barer Unsinn ist, das kann überhaupt nicht mehr als der (amtliche) Ausdruck des Rechts, was es doch sein soll, betrachtet werden. Der Richter, der sich nicht darüber hinwegsetzt, macht sich lächerlich, trotz aller Gesetzestreue, er wird schlechterdings nicht mehr verstanden von seinen Rechtsgenossen, weil man wohl versteht, daß auch Unbilliges, aber nicht daß offenbare Ungerechtigkeit Recht sein kann". Rümelin sagt ähnlich[21]): „Woran der Richter in letzter Linie gebunden ist, was die letzte Instanz für ihn bildet, das sind . . . die Zweckvorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers. Ist nun erkennbar, daß das Gebot, so wie man es schließlich gefaßt hat, den Zweckvorstellungen nicht entspricht, so muß eine Korrektur[22]) möglich sein, besonders häufig wird es vorkommen, daß gewisse Fälle, die unter das Gebot fallen, wegen ihres seltenen Vorkommens nicht berücksichtigt sind".

b) Diese letztzitierte Meinung Rümelins kommt der Einstellung der evolutionistischen Richtung schon sehr nahe und ebenso das, was Burckhardt für die Anwendung des Schweizerischen Rechts sagt — allerdings in der Ansicht, das gleiche müsse auch für andere Staaten gelten[23]). — Das Schweizerische Zivilgesetzbuch gibt freilich dem Richter in seinem Einleitungsartikel 1 ausdrücklich die Anweisung, beim Fehlen von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde und dabei bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen (wie der französische Text sagt, sich an Doktrin und Jurisprudenz zu inspirieren)[24]). Unser geltendes Gesetz kennt eine ähnliche Vorschrift nicht; doch gibt es Fälle, in denen eine genaue Anwendung der gesetzlichen Vorschriften Folgen herbeiführen würde, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind und die andern-

---

20) Gesperrt v. Verf..
21) Arch. ziv. Prax. Bd. 122 S. 291.
22) Gesperrt v. Verf..
23) a. a. O. S. 7.
24) S. hierzu Reichel, Einleitungsartikel; vgl. auch Art. 4 Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Vgl. Geny, Interprétation S. 73 ff..

falls vernünftigerweise nicht in dieser Weise geregelt sein würden, Fälle, in denen auch nach Enneccerus[25]) der Richter berechtigt ist, „das Gesetz nach dessen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens fortzuentwickeln". — Wir können deshalb zwar nicht mit Ehrlich[26]) anerkennen, daß die freie Rechtsfindung als Regel zu betrachten ist, und wir dürfen auch nicht mit Jung[27]) allgemein sagen, die Abweichung vom Gesetze sei dann gestattet, wenn „die Befolgung der Vorschrift eine Verletzung des Gegenüber bedeuten würde, die schwerer wiegt als die Verletzung, welche die Befolgung der positiven Norm gegenüber dem anderen Beteiligten bedeutet" — ein Richterrecht oder Fallrecht analog dem englischen judicial (common) law ist unserer Rechtsordnung, die unter der Patenschaft Windscheids zum Produkt abstrahierender Wissenschaft wurde, eben unbekannt —; doch ist eine Fortentwicklung in den Grenzen, wie sie Enneccerus zieht, unbedenklich und notwendig.

c) Eine Sonderstellung in der Theorie nimmt **Isay** ein, der in seiner neuesten Abhandlung „Rechtsnorm und Entscheidung"[28]) aus einem übertrieben-einseitigen extremen Subjektivismus heraus behauptet, das Recht sei „nicht die Gesamtheit der Rechtsnormen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen"[29]). Die Eigenartigkeit dieser Auffassung geht schon daraus hervor, daß einer geradezu vernichtenden Kritik Schönfelds[30]) eine zwar auch grundsätzlich ablehnende, aber die großen Vorzüge des Buches hervorhebende Rezension Baumbachs gegenübersteht[31]).

Der Verfasser predigt das **Primat der Rechtsprechung über das Gesetz,** bringt also eine Umkehrung aller Werte und Erkenntnisse der bisherigen Wissenschaft. Er behauptet, das Gefühl im Verein mit der praktischen Vernunft sei die Quelle allen Rechts[32]) und geißelt die Überbetonung des Logischen, den unerträglichen Rationalismus und Intellektualismus der herrschenden Lehre.

---

25) Allgemeiner Teil § 54 II.
26) Freie Rechtsfindung passim.
27) Festschrift für die Jur. Fak. Gießen 1907, S. 513.
28) Berl. 1929.
29) a. a. O. S. 29, S. 324.
30) Arch. ziv. Prax. 1931 (Bd. 134) 1. Heft S. 99 ff..
31) D. J. Z. 1931 S. 580 f. („Eine der bedeutsamsten Erscheinungen der letzten Jahre auf dem Gebiete des juristischen Schrifttums").
32) a. a. O. S. 84.

Er sagt, die Entscheidung werde nicht aus der Norm abgeleitet, sondern intuitiv gefunden; erst retrospektiv werde sie an der Norm „kontrolliert" und durch sie belegt; die Entstehung der Entscheidung vollziehe sich also auf irrationalem Wege, die Kontrolle und Begründung — die er als Fiktion bezeichnet [33]) — erfolge dann rational [34]).

Dies ist gewiß in der Praxis der regelmäßige Vorgang; aber nur deshalb, weil dem erfahrenen Richter der Inhalt des Gesetzes in Fleisch und Blut übergegangen ist, und er gefühlsmäßig die richtige Entscheidung findet, weil er gleichsam in Normen denkt, die er dann, weil ihm die einzelnen Paragraphen in ihrer Nummernfolge vielleicht nicht im Gedächtnis haften — und auch um sich zum Schutz vor evtl. Irrtümern von der Richtigkeit seiner gefühlsmäßigen Entscheidung zu überzeugen —, im Gesetz nachschlägt, vielleicht auch „kontrolliert". Deshalb wird aber immer noch die Entscheidung aus der Norm abgeleitet, aus der Norm, die zwar im Verstand und Gefühl des Richters ruht, aber nur deshalb, weil er sich vorher die Kenntnis des Gesetzes ebenso wie die Fähigkeit, juristisch zu denken, angeeignet hat. Rechtsquellen sind deshalb weder Gefühl [35]) noch Vernunft, sondern nur Gesetz und Gewohnheitsrecht.

d) Die Freirechtslehrer berufen sich gerade gegenüber strengen Positivisten gerne auf das Recht des Prätors, das jus civile durch eine actio utilis oder in factum bzw. (gegenüber einem Anspruch) durch eine exceptio im Sinne der naturalis aequitas zu berichtigen und zu eliminieren [36]); doch Stammler [37]) hält ihnen mit Recht entgegen, daß der Prätor lediglich einen fest geformten Rechtssatz durch einen anderen, der darauf ebenso fest begrenzt und gültig war, ersetzte, an den er dann auch selbst für sein Amtsjahr gebunden war. Der Vergleich paßt also nicht ganz. Er trifft höchstens hinsichtlich der exceptio doli zu, mit welcher der Prätor tatsächlich das ganze Zivilrecht über den Haufen werfen konnte. Doch der Prätor hatte imperium, was für den deutschen Richter nicht zutrifft. Auch der § 242 BGB. gibt dem Richter nicht die unumschränkte Macht, die dem Prätor eigen war, obgleich er der

33) a. a. O. S. 177.
34) a. a. O. S. 335.
35) Das Gefühl erkennt auch Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, als Rechtsquelle an. Vgl. auch Riezler, Rechtsgefühl 1921.
36) Vgl. D. 19, 5, 11: eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest.
37) Richtiges Recht S. 119; vgl. auch Kübler, Gesch. S. 133 ff..

exceptio doli in etwa entspricht, wie unten noch näher darzulegen ist (vgl. § 20, insb. S. 86).

Ebensowenig kann man über den Weg des richterlichen Prüfungsrechtes[38]) die These der Freirechtler stützen, wie es Goldschmidt versucht[39]). Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, die durch die Kriegsgesetzgebung, welche gerade das ständige Anwachsen der Freirechtsbewegunng so sehr gefördert hat — wie jetzt die vielen Notverordnungen —, bis ins kleinste erschüttert wurden, können auch, so sagt selbst Reichel[40]), durch eine übertriebene Interessenjurisprudenz und durch eine „subjektivistische Billigkeits- und Gefühlsjustiz" in einer nichtkasuistischen Rechtsordnung keineswegs erreicht werden, vielmehr das gerade Gegenteil. Eine Justiz nach dem Rezept der Freirechtler würde in ein Nebeltreiben ohne Halt geraten und uns dahin bringen, daß wir statt eines freien Rechts bald ein „vogelfreies Recht"[41]) haben würden. Zu welchen Übertreibungen man auf diesem Wege gelangt, das beweist die Tatsache, daß man vollen Ernstes den Vorschlag gemacht hat, das ganze Strafgesetz auf den einen Satz zu beschränken: „Alle Schurken werden nach der Schwere ihrer Tat bestraft"[42]).

e) Wohin das Freirecht führt, das hat denn auch das Reichsgericht erkannt und entgegen der Kundgebung des eigenen Richtervereins — die unter dem Gesichtspunkte des reinen Gerechtigkeitsgedankens und ebenso volkswirtschaftlich wie als rechtspolitische Stellungnahme de lege ferenda gewiß begrüßenswert ist — im Spruchzimmer alsbald wieder in der Entscheidung Bd. 107 S. 317[43]) sich grundsätzlich zum Gehorsam gegenüber den Gesetzen bekannt[44]), selbst wenn — wie im zitierten Falle[44]) — ein Gesetz einmal dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit ins Gesicht schlägt.

Es kann nicht anders sein, wenn wir an der **Teilung der Gewalten** und der herrschenden Rechtsquellenlehre festhalten wollen. Auch Art. 102 der Reichsverfassung sagt ja wie § 1 G. V. G., daß der Richter zwar unabhängig, aber dem Gesetz unterworfen ist.

---

38) Vgl. Zu dieser Frage auch Oertmann, Gesetzeszwang; Titze, Richtermacht.
39) Aufwertungskrise S. 16 ff..
40) Einleitungsartikel S. 293.
41) Titze, Richtermacht, S. 38.
42) zit. bei Oertmann, Gesetzeszwang S. 4.
43) D. J. Z. 1924, S. 210.
44) Vgl. oben Anm. 18.

f) Freilich wirft das besprochene Beispiel düstere Schatten auf die tatsächlichen Zustände; es zeigt mit erschreckender Deutlichkeit den klaffenden Abgrund, der allzuoft zwischen Theorie und Praxis gähnt, zwischen der Theorie in diesem Falle, daß alles Recht im Willen der Allgemeinheit wurzelt, und der Praxis, daß der Richter verpflichtet ist, ein Gesetz anzuwenden, welches dem Willen der Allgemeinheit durchaus nicht entspricht, sondern vom Machthaber diktiert ist[45]). Wobei man freilich wieder sagen kann, die Tatsache, daß der Richter so zu handeln verpflichtet sei, beruhe gerade auf der vom Willen der Allgemeinheit sanktionierten allgemeinen Rechtssatzung — nämlich auf dem Grundsatz von der Teilung der Gewalten —, und die Allgemeinheit habe auch ihren Willen auf das jeweilige Parlament oder die Regierung delegiert. — Eine Frage, der hier nicht näher getreten werden kann, ist es jedoch, ob nicht dem Volke gegenüber dem Mißbrauch der Staatsgewalt in solchen Fällen ein Widerstandsrecht zusteht; eine Frage, die zu bejahen ist, da ja auch jede neue durch Revolution entstandene Regierung infolge der normativen Kraft des Faktischen rechtmäßige Trägerin der Gewalt ist.

§ 16.

Insbesondere die evolutionistische Richtung.

I. Den oben bezeichneten Mißständen abzuhelfen und Theorie und Praxis möglichst mit den Erfordernissen des Lebens und der Gestaltung der Zeit in Einklang zu bringen, ohne ins Extreme zu verfallen, das war die Aufgabe der evolutionistischen Richtung[1]), deren Grundsätze auch die Rechtsprechung erfreulicherweise mehr und mehr beherrschen. Der Wortlaut des Gesetzes ist das Mittel zur Verwirklichung gewollter Zwecke; der Sinn des Gesetzes ist demnach die oberste Richtschnur für die Gesetzes-

45) Jung (Problem des natürlichen Rechts S. 99) sagt deshalb, die Überschätzung des Anteils des Staates am Entstehen und Bestehen der Rechtsordnung sei im Grunde die Ursache aller Irrtümer über die Rechtsquellen (ähnlich Danz an den dort zit. Stellen).

1) Die Entwicklungsjurisprudenz und teleologische Zweckbetrachtung datiert seit Jherings „Zweck im Recht“ (Ansätze auch schon in seinem Werk „Geist des römischen Rechts“). Jhering geißelte als erster die lebensfremde um das praktische Ergebnis unbekümmerte juristische Begriffsmathematik. — Heute ist diese Einstellung vorherrschend und zählt die meisten lebenden Rechtslehrer zu ihren Anhängern.

anwendung. Eine systematische Auslegung wird aber nie den Zeitgeist und die jeweils geltende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung übersehen dürfen. Auch ist, da abstrakte Rechtsvorschriften niemals der Forderung der Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu beurteilen, unbedingt genügen können, zur Verwirklichung des Gesetzeszwecks eine genaue Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles unerläßlich.

1. Hedemann[2]) hat an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts nachgewiesen, daß jede grundlegende Änderung in den Rechtsanschauungen und wirtschaftlichen Bedürfnissen — man denke an unser Zeitalter der Technik, der Soziologie und Biologie — sich in einer veränderten Stellung des Rechts zum Gesetz zu erkennen gibt; und es muß so sein. Hedemann führt freilich weiter aus[3]), der neuzeitliche Zug, den die Spruchpraxis des R. G. erkennen lasse, sei — trotz häufig wiederkehrender Betonung der Gesetzestreue — eine Annäherung an die bleibenden Errungenschaften der Freirechtsbewegung und der Interessenjurisprudenz. Zwar bediene sich das R. G. auch heute noch der alten zivilistischen Denkformen, es bemühe sich, das gefundene Recht positiv zu verankern; aber die höchstrichterlichen Sprüche zeigten doch mehr Schöpfergeist als früher; der Richter betrachte sich in steigendem Maße als freier Gestalter der rechtlichen Dinge; er gebe mehr und mehr ethischen und praktischen Erwägungen Raum und belege einen Großteil seiner Entscheidungen nur noch mit den §§ 157, 242, 826 BGB., die er geradezu zur Grundlage ganzer Rechtsinstitute wähle; sodaß eine Verweichlichung der Justiz drohe, die sich aus dem Zwang zur Denkschärfe in die bequeme ethische Formel flüchte und an die Stelle klarer Rechtsentscheidungen unsichere soziale Ausgleichsentscheidungen setze.

Staffel (Reichsgerichtsrat a. D.) wendet sich hiergegen[4]). Freilich sagt auch er nur, in den weitaus meisten Fällen erfolge die Lösung von Rechtsfragen durch das R. G. unter Zugrundelegung gesetzlicher Vorschriften, nur in seltenen Fällen fehle einer Entscheidung die positiv rechtliche Unterlage; manche Gesetzeslücke könne nur durch Analogieschluß oder mit Hilfe von Rechtsprinzipien, die durch Induktion aus Einzelbestimmungen des Gesetzes gewonnen würden, geschlossen werden. Staffel betont mit Recht, daß in den Fällen, in welchen das Gesetz weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Ent-

2) Reichsgericht und Wirtschaftsrecht.
3) Vgl. auch die Besprechungen in J. Rdsch. 1931 S. 6 ff., S. 97 ff. und außerdem Müller-Erzbach, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz.
4) J. Rdsch. 1931, S. 6 ff..

scheidungsgrundlage bietet, der Richter frei gestaltend den Spruch nach dem Geiste des Gesetzes fällen müsse unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse und der sittlichen Anschauungen der Zeit. Durch außergewöhnliche und unvorhergesehene Ereignisse wie den Währungszerfall, durch Wandlung der Anschauungen — man denke z. B. an die Ersetzung der rein individualistischen Aufffassung des Arbeitsverhältnisses durch eine soziologische — müsse auch die neue Auslegung des Gesetzes gerechtfertigt werden; das entspreche dem Zweck des Gesetzes, die Verhältnisse der Allgemeinheit in gerechter Weise zu ordnen. Darüber hinaus ist das R. G., wie Staffel richtig hervorhebt, den Lockungen der Freirechtsschule und kryptosoziologischer Rechtsfindung nicht gefolgt[5]); die Heranziehung ethischer Gesichtspunkte rechtfertigt sich daraus, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch, wie schon hervorgehoben, in ausgiebigem Maße und mehr als jede Kodifikation vorher wie auf gesellschaftliche Beurteilungsfaktoren so auch auf das Sittengesetz hinweist.

2. Die hier umrissene Arbeitsmethode des Reichsgerichts entspricht im großen und ganzen den Forderungen der Entwicklungsjurisprudenz. Um diese — nach der Skizzierung im § 14 — noch näher zu charakterisieren, können wir im wesentlichen Heinsheimer folgen, der in seiner Schrift „Lebendiges Recht“[6]), ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, eine vorzügliche Schilderung des Wesens der evolutionistischen Richtung gibt.

Die Fortentwicklung des Rechts kann sich nicht nur durch die schwerfällige Arbeit des Gesetzgebers vollziehen — wenn man darauf warten müßte, käme sie vielfach schon zu spät —; „gerade auf dem Boden eines Gesetzbuches während der Dauer seiner unveränderten Geltung“[7]) vollzieht sich „in einem steten Fluß lebendiger Entwicklung“ der Ausbau des Gesetzes, „die Herausarbeitung aller in ihm geborgenen Möglichkeiten“[7]). Jedes Gesetzbuch ist „nicht der Abschluß einer Entwicklung, sondern es leitet selbst wieder

---

5) Staffel zitiert allerdings die Entscheidungen in Bd. 100 S. 132 und 104 S. 222, die auch nach seiner Ansicht den Eindruck erwecken, das R. G. habe sich das Recht angemaßt, in den Inhalt der Geschäfte kraft eigener Machtvollkommenheit durch Gestaltungsurteil umändernd einzugreifen; er gibt auch zu, daß es ein Mangel der Rechtsprechung sei, wenn verschiedentlich das Reichsgericht die Anwendungsfähigkeit fest umrissener Rechtssätze von der Vereinbarkeit der Ergebnisse mit ethischen Normen abhängig gemacht habe.

6) Heidelberger Rektoratsrede aus dem Jahre 1928.

7) a. a. O. S. 5; ähnlich Hamburger, D. J. Z. 1931, Sp. 929, Oertmann D. J. Z. 1931, Sp. 265. Vgl. außerdem Heck in Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 177 ff..

neues Werden ein“ [8]). Die innere Fortentwicklung des Rechts in dem äußeren Rahmen gegebener Normen ist die gemeinsame Aufgabe von . . . Theorie und Praxis“ [8]). Da das Gesetz seine Geltung in eine Zeit hinein erstreckt und auf eine vorher nicht übersehbare Fülle tatsächlicher Möglichkeiten Rücksicht nehmen muß, duldet es keine automatische Handhabung [9]). Mit den äußeren Verhältnissen ändern sich die Lebenstatsachen; neue wirtschaftliche Bindungen, soziale Erscheinungen, Fortschritt der Technik und des Verkehrs stellen sich ein und müssen berücksichtigt werden, ebenso wie die Wandlungen der Volksseele. — Neuer Gesetze bedarf es in diesen Fällen nur, wenn der Wortlaut des Gesetzes als ein „unüberwindlicher“ [10]) Widerstand einer neuen Auslegung entgegensteht. Denn die eigene Fassung des Gesetzes kann immer nur eine Durchschnittsregel geben, unter die manche Fälle nur schwer unterzuordnen sind.

„Wo der Gesetzesinhalt aber verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten Raum gibt, finden die Gerichte in jenen verschiedenen Deutungsversuchen die möglichen Lösungen. Sie wählen prüfend unter ihnen diejenige aus, die der Gerechtigkeit des Einzelfalles und den Bedürfnissen des Lebens am besten zu entsprechen scheint“ [11]). Doch — so sagt Stammler — „ein wirksames Mittel des Rechts, seinen Inhalt richtig zu gestalten, viel erprobt und oft gar nicht entbehrlich, ist Schweigen [12]) [13]). In diesen Fällen nun, in denen im Gesetz überhaupt keine Norm enthalten ist für den konkreten Fall, muß der Richter, der ja niemals die Entscheidung ablehnen darf, „aus dem Geiste und Zweck des Gesetzes und, soweit diese nicht ausreichen, nach gewissenhaftem Ermessen unter Berücksichtigung aller dabei in Betracht kommenden wirtschaftlichen und ethischen Gesichtspunkte [14]) das für den Fall Angemessene finden“ [15]).

---

8) a. a. O. S. 6.
9) a. a. O. S. 7, S. 9.
10) Heinsheimer S. 10.
11) a. a. O. S. 7.
12) Stammler, Richt. Recht S. 184.
13) Man spricht in vielen Fällen dieser Art unrichtigerweise von „Lücken im Gesetz“; ganz falsch aber ist es, hier von „Lücken im Recht“ zu sprechen. — Denn wenn das „Schweigen“ gewollt ist, gehört das Unausgesprochene — das zwischen den Zeilen steht — mit zum Recht, ja zum gesetzten Recht!
14) Gesperrt v. Verf..
15) Enecc. Allgem. Teil § 39 I. Vgl. auch das oben § 12 Anm. 8 (S. 44) auszugsweise zit. Urteil des R. G. in Bd. 104 S. 397.

Heinsheimer betont, daß sich in der Gegenwart, angeregt durch die Freirechtsbewegung, ein starker Zug zu eindringlicher und freier Fortbildung des Rechts zeige, die das bestätige, was sich seit Jhering theoretisch vorbereitet habe, und das Wort von Thibaut wahr mache, daß „eine wahre Fortbildung der Rechtsansichten" sich nur bei einem einheitlichen Gesetzbuch „als möglich denken lasse" [16]). Mit Recht hebt der Verfasser auch hervor, daß der Fundamentalsatz unseres Bürgerlichen Rechts, daß Verträge nach Treu und Glauben ebenso auszulegen wie zu erfüllen sind, überaus anregend auf die Rechtsfindung gewirkt habe; besonders das Schuldrecht habe außerordentlich an Freiheit und Beweglichkeit gewonnen, und die grundlegende Lehre von der Haftung für Vertragsverletzungen habe durch Wissenschaft und Rechtsprechung weitgehend ausgebaut werden können. Oft ist es gelungen, das Gesetz mit seinen eigenen Mitteln über sich selbst hinaus zu bilden [17]).

Heinsheimer lehrt aber auch, daß Recht nur ist, was „gilt" (kraft Gesetzes oder als Gewohnheitsrecht) und daß es ein Richterrecht in Deutschland nicht gibt [18]). Zwar sagt er, auch die Rechtsprechung sei in einem „abgeschwächten Sinne" als Rechtsquelle aufzufassen, und in dem Sinne wie er dies aufgefaßt wissen will, kann man ihm folgen. Die Rechtsprechung ist nach seiner Ansicht Erkenntnisquelle für den Richter und als solche gegenüber der imperativen Rechtsquelle des Gesetzes eine kognitive Rechtsquelle; denn das Gesetz verlangt Gehör, die Rechtsprechung aber will nur gekannt sein. Der Richter ist verpflichtet, die Rechtsprechung zu prüfen, aber nicht, sie anzuwenden und sich nach ihr zu richten. Gesetzesrecht ist originärer Natur, Richterrecht aber ist derivatives Recht, das der richterlichen Überzeugung von dem Sinn des gesetzten Rechtes entspricht.

Auch Heinsheimer sagt: „Der Gesetzgeber macht Recht, der Richter findet es" [19]); deshalb können wir ihm folgen. Denn der Sache nach ist seine Lehre richtig. Doch sollte man, um Mißdeutungen vorzubeugen, für das „Richterrecht" den Ausdruck Rechtsquelle vermeiden, denn eine eigentliche echte Rechtsquelle wie Gesetz und Gewohnheitsrecht kann die Rechtsprechung nie sein. Sie wird zur Rechtsquelle vielmehr erst dann, wenn ihr

16) Heinsheimer S. 10 f..
17) a. a. O. S 15.
18) a. a. O. S. 17.
19) daselbst S. 21.

Inhalt — etwa die ständige Auslegung einer vorher streitigen Norm — schon zum Gewohnheitsrecht geworden ist, sodaß eine andere Rechtsprechung in solchen Fällen eine falsche, dem Volksempfinden widersprechende Rechtsanwendung wäre. Der Ausdruck „Rechtsquelle" ist aber als terminus technicus für Gesetz und Gewohnheitsrecht festgelegt; man sollte seine Eindeutigkeit nicht verwischen.

3. Der Richter „schafft" Recht immer nur für den einzelnen konkreten zu beurteilenden Fall; er gestaltet mit anderen Worten nur das Rechtsverhältnis, schafft subjektives Recht, niemals aber eine objektive Norm, die auch andere Richter oder ihn selbst bei einer späteren Entscheidung binden würde. Denn hierzu ist nach dem oben Ausgeführten nur der Gemeinwille im Stande; und — wie eben angedeutet — nur lang andauernder Gerichtsgebrauch (usus forensis) kann, wenn er allen Erfordernissen des Gewohnheitsrechts entspricht, zur Rechtsquelle werden, Rechtsquelle sein, als Gewohnheitsrecht. So sagt denn auch Heinsheimer [20]).

Doch ein ständiger Gerichtsgebrauch der Obergerichte wird auch sonst eine sehr hohe Autorität haben, und er muß sie haben im Interesse der Gleichförmigkeit und Stetigkeit der Rechtsprechung — ebenso wie die Erkenntnisse der Wissenschaft in der Spruchpraxis der Gerichte nicht unberücksichtigt bleiben dürfen —; nur darf dies nicht zum Präjudizienkult ausarten, wie es leider heute in der Praxis vielfach bei den erstinstanzlichen Gerichten zu beklagen ist, die sich allzuoft, um eine Entscheidung „revisionssicher" zu machen, von eigener Prüfung, Auslegung und Entscheidung entbunden glauben. Ein Zuviel kann hier eher schaden als ein Zuwenig, denn die erstinstanzlichen Gerichte haben den besten Überblick über die tatsächliche Sachlage und die persönlichen Verhältnisse. Auch liegt gerade in der Möglichkeit einer stetig neuen Überprüfung die beste Gewähr für eine Vervollkommnung und den Fortschritt der Rechtspflege, während eine Bindung der Gerichte an eigene Entscheidungen zur Erstarrung führen müßte, zu einer Stagnation der Rechtsprechung, die mindestens ebenso schlimm wäre, wie die Erstarrung eines nicht mehr zeitgemäßen Gesetzes.

Festzuhalten ist der Satz, daß Fortentwicklung des Gesetzes „nicht etwas rein Tatsächliches, von außen Hinzukommendes" ist, sondern „wesentliche Folgerung aus dem Begriffe des Gesetzes als einer in die Zeit hineingerichteten, auf die Tätigkeit der rechtsfindenden Organe angewiesenen Wirkungs-

20) a. a. O. S. 17 f..

macht“ [21]). An dieser notwendigen Fortentwicklung zu arbeiten und das Recht — das ja nur ein Teil der Sozialethik ist — zu einer schmiegsamen elastischen Grundlage gerechter Entscheidungen zu machen, die den ethischen und wirtschaftlichen Anschauungen der Zeit sowie den Bedürfnissen unserer Gesellschaftsordnung möglichst entsprechen, ist die Ehrenpflicht von Wissenschaft und Praxis: denn nur bei stetiger Wechselwirkung zwischen beiden kann in edlem Wettstreit das hehre Ziel der Rechtseinheit und Gerechtigkeit erreicht werden.

II. Betrachten wir das **Ergebnis** der vorstehenden Untersuchung — die ein großer Umweg, aber trotzdem unvermeidlich war, wenn wir das Problem an der Wurzel fassen wollen — [22]), so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, **daß eine Berücksichtigung der Begriffe Voraussetzung und Geschäftsgrundlage** durchaus **dem Geiste der Zeit,** d. h. dem Geiste der allein allen Anforderungen unseres Zeitalters gerecht werdenden evolutionistischen Richtung der Rechtslehre **entspricht.**

Dieselbe Bedeutung, die für die Auslegung (nicht als Gewohnheitsrecht) über den Begriff der Verkehrssitte Handelsgebrauch, Handelssitte, Geschäftsgebrauch und Börsenusancen erlangt haben – die auch von den Parteien in der Regel nur stillschweigend für maßgebend erklärt werden —, steht heute den Begriffen Voraussetzung und Geschäftsgrundlage zu; denn es ist — was zu beweisen wir im folgenden noch Gelegenheit haben werden — allgemein üblich geworden, in unserer Zeit der wirtschaftlichen Umwälzungen Geschäfte unter einer Voraussetzung oder mit meist stillschweigendem Hinweis auf die „Geschäftsgrundlage“ abzuschließen. Und es entspricht nur Treu und Glauben, diesen innersten Parteiwillen bei der Gesetzesanwendung aus dem Gesichtspunkte des § 242 BGB. heraus — wie oben im § 14 entwickelt — zu berücksichtigen.

Die Begriffe werden auch tatsächlich regelmäßig in der Spruchpraxis bereits berücksichtigt. Es hat sich — mag das Gericht im Einzelfalle die Begriffe umbiegen oder mit einem

21) Heinsheimer a. a. O. S. 20.

22) Kant sagt: „Es ist ein alter Wunsch, der . . . vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird, daß man doch einmal statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze ihre Prinzipien aufsuchen möge; denn darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplifizieren“ (zit. bei Stammler, Richtiges Recht S. 123). Dasselbe gilt für die Rechtsanwendung; auch hier muß man vom Grundgedanken ausgehen.

anderen Namen bezeichnen — tatsächlich aus der inneren Notwendigkeit und Unentbehrlichkeit der Begriffe heraus schon eine Usualinterpretation des Gesetzes — wenngleich nicht immer unter Hinweis auf den § 242 — gebildet, Voraussetzung und Geschäftsgrundlage, beiderseitigen Irrtum, Vertragsgrundlage, stillschweigende Bedingung und unter welchem Namen sonst noch die stets gleiche Rechtslage berücksichtigt wird, anzuerkennen.

§ 17.

Ist eine Anerkennung der Begriffe nach den Forderungen des „richtigen Rechts" ratsam?

Wenn die im vorigen festgestellte Berücksichtigung sich noch fortentwickelte zu einer übereinstimmenden Anerkennung nicht der verschiedenen Ausprägungsformen des Problems, sondern zur Anerkennung eines fest umrissenen Begriffs, der möglichst beide Begriffe und den dritten der clausula rebus sic stantibus in sich vereinigt, und wenn man diese Anerkennung übereinstimmend aus dem Grundsatz des § 242 BGB. folgern würde, dann wäre auf diesem Gebiete des Vertragsrechts die Rechtseinheit und Rechtssicherheit garantiert, und wir wären auf dem besten Wege zu einem „richtigen Recht" in diesem für die Gegenwart so eminent wichtigen Teil unserer Rechtswissenschaft und Praxis.

1. Die „Lehre von dem richtigen Rechte" ist eine Schöpfung **Stammlers** [1]), der uns in ihr ein Idealbild dessen aufzeichnet, was in einem vollkommenen Rechtsstaate auf dem Gebiete der Gesetzgebung und Rechtsprechung erreichbar wäre. Manche Forderungen sind jedoch schon im Rahmen des geltenden Rechts zu verwirklichen. Besonders scharf hervorgehoben ist in dieser altruistisch orientierten Lehre der Gegensatz zwischen Recht und Willkür (d. h. zwischen richtigem Recht und extremem Subjektivismus).

Stammler sagt, Realismus und Idealismus seien keine Gegensätze [2]), und in der Frage nach dem Verhältnis von technischer Jurisprudenz und reiner Rechtslehre gebe es keines-

---

1) Vgl. außer dem grundlegenden Werke noch Festgabe für Rud. Stammler 1926 (namentlich die oben schon zit. Beiträge von Manigk und Reichel a. a. O. S. 1 ff., S. 281 ff.) sowie die kritische Schrift von Kantorowicz, Herm. U.: Zur Lehre vom richtigen Recht, Berl. u. Lpz. 1909. — Gegen letzteren Binder, Philosophie des Rechts (1925), S. 777 ff..

2) a. a. O. S. 23.

wegs ein Entweder-Oder, sondern beide ständen in sich ergänzender Weise unter dem Sowohl-Als auch [3]). Bei der Rechtsprechung müsse man unterscheiden zwischen der straff bedingten Besonderheit — die dem gerade zur Erörterung stehenden Fall innewohne — und dem formalen Blickpunkt, nach dem der Urteiler sich richtet; und dieser formale Blickpunkt dürfe nicht subjektiv sein, sondern er müsse sich von der Idee der Gerechtigkeit leiten lassen [4]).

Mit Recht betont Stammler weiter, in den Fällen, in denen das Gesetz keine zwingenden Normen aufstelle, sondern sich mit dem Hinweis auf Treu und Glauben, Billigkeit, gute Sitten begnüge, fordere es eine grundsätzlich richtige Entscheidung. Um diese zu finden, müsse der Richter sich rechtsphilosophisch orientieren, und zwar nicht subjektivistisch, sondern im Aufblick zu der Idee absoluter Harmonie des Zusammenlebens [5]). Der Richter darf nie vergessen, daß die gesetzte Norm ein bloßes Mittel zur Erzielung eines Urteils ist, das deshalb nicht formalistisch angewendet werden darf [6]). Das Recht ist nur ein „Zwangsversuch zum Richtigen" [7]) und „der Kontrast zwischen der Grundabsicht des Rechts und ihrer nur teilweisen Erfüllung tritt als Problem überall hervor" (Summum ius, summa iniuria) [8]).

Positives Recht ist dann richtiges Recht, wenn es . . „die Rücksicht auf den einheitlichen Grundgedanken des rechtlichen Wollens als wesentlichen Richtpunkt innehält" [9]). Das richtige Recht steht demnach „nicht außerhalb des gesetzten Rechtes . . .; es ist begrifflich nicht identisch mit angestrebtem Recht gegenüber einem geschichtlich gewordenen; seine Eigentümlichkeit liegt nicht in einer besonders gearteten tatsächlichen Herkunft. Das richtige Recht ist gesetztes Recht, dessen Inhalt besondere sachliche Eigenschaften hat . . [10]). Insoweit sagte schon A. Feuerbach zutreffend: Es gilt die Bearbeitung der positiven Rechtswissenschaft; also darf bei ihr über dem Positiven nicht das Rechtliche, über dem Rechtlichen nicht das Positive übersehen werden" [11]). Das richtige Recht ist kein

3) daselbst S. 25.
4) daselbst S. 32.
5) a. a. O. S. 33.
6) daselbst S. 41.
7) ebendort S. 55.
8) a. a. O. S. 58.
9) ebendort S. 45.
10) Gesperrt v. Verf..
11) a. a. O. S. 53.

wirklichkeitsfremdes Recht, sondern ein Recht, das bei der gerichtlichen Beurteilung weitgehend zu berücksichtigen ist; denn alle Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Treu und Glauben, über die Berücksichtigung eines wichtigen Grundes, über billiges Ermessen und andere Wendungen verweisen ausdrücklich auf richtiges Recht, auf das Urteilen mit der ars boni et aequi[12]).

Dabei ist zu berücksichtigen, daß etwas, „was vor einiger Zeit eine völlig berechtigte Folge war, bei der Veränderlichkeit des zu richtenden Stoffes in späteren Tagen nicht mehr richtig sein kann“[13]). Deshalb ist die Methode des richtigen Rechts die Einsicht in das, „was in bestimmter Lage inhaltlich gutes Recht ist, und dazu: die Kraft des sittlichen Willens, das als richtig Erkannte auch zu bewähren und durchzuführen“[14]). Und der technische Vorgang ist nicht anders als sonst: logisch geschlossene Unterordnung des Tatbestandes unter die maßgebende Norm, unter den Obersatz, der in diesem Falle nur nicht in einem genau geformten Rechtssatz besteht, sondern in den sachlichen Grundgedanken des Rechts überhaupt[15]). Da das richtige Recht nicht nur ein Idealrecht ist, sondern positives Recht mit besonderen Erfordernissen, so ist es in seinem Inhalte auch noch unvollkommen und „kann nur dadurch, daß es in seiner Besonderheit nach der Idee des Rechts sich richtet, die Eigenschaft einer objektiven — niemals aber einer absoluten — Richtigkeit erlangen“[16]); und zwar desto weniger, je formeller die Norm ist; denn die formalistische Sicherheit wird allzu häufig nur gewonnen mit einer Einbuße an sachlicher Richtigkeit[17]). Die eigentliche Domäne des richtigen Rechts sind also die Blankettnormen der §§ 242, 157 BGB..

12) daselbst S. 61 ff., S. 66 u. 107; vgl. aus der römisch-rechtlichen Terminologie die reiche Zahl der Wendungen: bonum et aequum; bona fides; aequitas; ius naturale s. naturalis ratio; boni mores s. mos; iusta causa; arbitrium boni viri etc..

13) a. a. O. S. 105.

14) daselbst S. 108.

15) a. a. O. S. 119. Vgl. die feinen Unterscheidungen zwischen der bloß „technischen Betrachtung der Rechtsgesetze, sowie einer begrenzten Unterordnung unter sie, — gegenüber der Entscheidung im Sinne der Grundidee des Rechtes: Esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur (D. XLV 1, 91, 3)“; a. a. O. S. 120. Siehe noch oben § 15 Anm. 36. Zum Unterschied zwischen aequitas und ius strictum vgl. Kübler, Gesch. S. 132.

16) daselbst S. 153.

17) a. a. O. S. 178.

2. Die Tätigkeit des Richters muß eine Kunst sein auf der Grundlage wissenschaftlicher Einsicht, sonst bleibt stets die Lücke zwischen Wissenschaft und Leben. Daraus geht schon hervor, „daß der Richter das richtige Recht in unmittelbarem Finden bloß dann einzusetzen und durchzuführen hat", wenn, wie in diesen genannten Fällen, „der wirkliche Wille des gesetzten Rechtes ihm dieses auferlegt. Er soll in seinem Amte immer nur gesetztes Recht durchführen. Dieses beschränkt ihn bald auf technisch geformte Satzungen und die aus ihnen begrenzt zu ziehenden Folgerungen, bald aber verweist es ihn darauf, aus der Grundabsicht aller rechtlichen Ordnung her . . . den sachlich begründeten Obersatz des zu fällenden Urteiles zu holen" [18]). Und so ist es nach unserer Ansicht auch in den Fällen der **Voraussetzung und Geschäftsgrundlage,** deren Berücksichtigung unter den allgemeinen Leit- und Obersatz des § 242 unterzuordnen und aus ihm zu rechtfertigen ist, wie es der Idee der Rechtsordnung und dem Geiste des Gesetzes entspricht.

3. Auf dem Gemeinschaftsideal, von welchem neben der unbedingten Harmonie die ganze Lehre Stammlers durchdrungen ist, baut dieser seine vier Grundsätze des richtigen Rechts auf:

I. Grundsätze des Achtens [19]):

1) Es darf nicht der Inhalt eines Wollens dem subjektiven Belieben eines Anderen anheimfallen.

2) Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.

II. Grundsätze des Teilnehmens [20]):

1) Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach subjektivem Belieben von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein.

2) Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.

Uns interessieren hiervon nur die Grundsätze des Achtens, von denen der erste zwar die Grenzen einer Anerkennung unserer Begriffe aufzeigt, aber doch nur in dem Sinne, wie wir oben im § 14 (S. 50) in Anlehnung an Krückmann sie nachgewiesen haben. Die Anerkennung in diesen Grenzen könnte man sehr gut mit diesem Satz belegen, der sich im Rahmen der Vorschrift des § 242 BGB. hält.

---

18) a. a. O. S. 210, 209.
19) a. a. O. S. 148.
20) daselbst S. 150.

Stammler wendet im zweiten Teile seiner Abhandlung die Lehre vom richtigen Rechte auf manche Einzelfälle an und widmet auch noch ein besonderes Kapitel der Leistung nach Treu und Glauben. Hierauf werden wir noch zurückkommen. — An dieser Stelle sei nur noch ein Wort Stammlers zitiert, das, ebenso wie er eindringlich auf die Notwendigkeit der Methode und der allgemeinen Zielsetzung hinweist, betont: „Wem es um begründete Überlegenheit in prinzipiell richtigen Rechtsentscheidungen zu tun ist, hat sich in stetem Aufsuchen und Wiedererkennen der einheitlichen Grundidee des Rechts zu üben“ [21]).

Diesen Weg sind wir gegangen. Und erst nach der Einsicht, die wir dadurch gewonnen haben, können wir jetzt der eigentlichen dogmatischen Begründung nähertreten.

4. Exkurs: Völkerrecht, Beispiele. — Wirtschaftliche Gesichtspunkte.

§ 18.

Völkerrechtliche Erwägungen und Hinweise (insbesondere: Youngplan, Völkerbundssatzung).

Doch zuvor sei noch ein kurzer Exkurs zum Völkerrecht erlaubt. Denn daß bei Vertragsabschlüssen — und zwar selbst bei von ersten Juristen sorgsamst vorbereiteten Verträgen — immer wieder Umstände deshalb unberücksichtigt bleiben, weil man mit ihnen nicht gerechnet und den status quo als beständig angenommen hat; daß deshalb veränderte Umstände sowohl wie solche Umstände oder Tatsachen, die man als selbstverständlich vorausgesetzt hat und auf deren Geschäftsgrundlage der Vertrag sich aufbaut, rechtliche Beachtung finden müssen und die Forderung der Anerkennung dem Zeitgeist und Entwicklungsprinzip entspricht: dies zeigt besonders klar die Besprechung einiger Vorkommnisse aus dem jüngsten Völkerrecht, die beweisen, daß eine Nichtberücksichtigung der hier behandelten Institute geradezu zu einer Umkehrung des Vertragswillens, jedenfalls aber zu größten Ungerechtigkeiten führen kann.

Auf die Stellung unseres Problems im Bereiche des ius gentium (International Law), des Staats- und Ver-

21) a. a. O., S. 188.

waltungsrechts näher einzugehen, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich; es möge der kurze Hinweis genügen, daß es auch für das Öffentliche Recht nicht ohne Bedeutung ist [1]), daß insbesondere das Institut der cl. r. s. st. als völkerrechtliches so alt ist wie das Völkerrecht selber [2]). Bismarck sagt von ihm: „Die clausula rebus sic stantibus wird bei Staatsverträgen, die Leistungen bedingen, stillschweigend angenommen" [3]). In neuerer Zeit verschafft sich mehr und mehr die Ansicht Raum, daß man ohne ein Institut, welches in irgend einer Form in Fällen eingreifender Veränderungen den Ausgleich zwischen früher und heute garantiert, nicht auskommen kann, wenn man unerträgliche Unzulänglichkeiten vermeiden will. Eine gute Begründung hierfür findet sich bei Bruno Schmidt, der zwar auch noch — 1907 — insbesondere die cl. r. s. st. als völkerrechtliche Norm nicht anerkennen kann, weil er ihr den spezifisch juristischen Charakter abspricht, aber ihr doch insofern das Wort redet, daß er sagt, der Satz pacta sunt servanda werde durch das bloß faktisch sich betätigende Gesetz der Berücksichtigung der neugeschaffenen Verhältnisse partiell seiner Kraft und Wirksamkeit beraubt [4]), und das Prinzip von der Berücksichtigung des wahren und tiefsten Parteiwillens ringe sogar manchmal dort nach Geltung, wo absolut kein Wechsel in den früheren Verhältnissen stattgefunden habe [5]); womit er wohl kaum etwas anderes gemeint hat als den Nichteintritt einer vorausgesetzten Tatsache.

---

1) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Wacup S. 75 ff..

2) Schon Hugo Grotius, den man ja bekanntlich nicht nur den Vater des Naturrechts, sondern auch des Völkerrechts nennt, erwähnt die Klausel (vgl. das Zitat oben § 5 S. 10). In der späteren völkerrechtlichen Doktrin finden sich häufig Untersuchungen, welche unser Problem tangieren; wir finden dort eine ständige Parallele zu dem Meinungsstreit der Zivilisten, nämlich begründete Lehrmeinungen sowohl für wie wider die Anerkennung der Begriffe; wir finden aber ebenso die ständig zunehmende Tendenz, unseren Begriffen im Rahmen des positiven Völkerrechts einen festen Platz einzuräumen. — Die Geschichte der völkerrechtlichen Verträge ist reich an Begebenheiten, in welchen sich die eine oder andere Partei auf veränderte Umstände berufen und die Anwendung der Begriffe verlangt, wenn auch nur selten erreicht hat (vgl. die Ausführungen bei Schmidt, Über die völkerr. cl., u. Wacup S. 81 ff.).

3) Gedanken und Erinnerungen II S. 258. (im 29. Kap. über den Dreibund unter Nr. 8; vgl. daselbst unter Nr. 5: „Schon im vorigen Jahrhundert war es gefährlich, auf die zwingende Gewalt eines Bündnistextes zu rechnen, wenn die Verhältnisse, unter denen er geschrieben war, sich geändert hatten . . ." und unter Nr. 6: „Die Haltbarkeit aller Verträge zwischen Großstaaten ist eine bedingte, sobald sie „in dem Kampf ums Dasein" auf die Probe gestellt wird . . . Das ultra posse nemo obligatur kann durch keine Vertragsklausel außer Kraft gesetzt werden").

4) a. a. O. S. 112.

5) a. a. O. S. 18.

1. Ein besonders instruktives Beispiel für die Unzulänglichkeit eines Völkerrechts, welches ohne jegliche Ausnahme festhält an dem — wenn man ihn extrem-positivistisch auffaßt und nicht so, wie wir ihn oben [6]) interpretiert haben — starren Satz pacta sunt servanda, bietet die Geschichte des **Youngplanes,** die wie überhaupt die ganze Geschichte der Reparationsentwicklung voll von Fehlern, Irrtümern und Unvorhergesehenheiten ist, deren Folgen nicht Deutschland alleine aufgebürdet werden dürfen.

Der Youngplan ist aufgebaut auf der Annahme eines normalen Verlaufes der wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Sachverständigen haben bei der Aufstellung des Planes angenommen, die Störung des deutschen Wirtschaftslebens sei nur eine zeitweilige, und die Depression werde bald überwunden werden können durch eine ständig sich steigernde Ausfuhr von seiten Deutschlands, wodurch die Reparationszahlungen ermöglicht würden. In Wirklichkeit begann bald eine Wirtschaftskrise von ungeahnter Dauer und nie gekannter Hartnäckigkeit, die gerade in diesen Wochen beinahe zum Zusammenbruch geführt hätte. Nach der Statistik weist der Aktivsaldo gegenüber dem Passivsaldo (Zins- und Reparationszahlungen) ein Minus von rund 1 Milliarde Reichsmark auf.

Es haben sich also einmal die Voraussetzungen der Sachverständigen bei Abschluß des Youngplanes nicht erfüllt. Dazu tritt als veränderter Umstand eine unerhörte Senkung des Weltpreisniveaus, was man ebenfalls bei Abschluß des Vertrages deshalb für ausgeschlossen hielt, weil seit Kriegsende — von kleinen Teilgebieten abgesehen — bis zum Jahre 1929 niemals auch nur bis zu 10 % gehende Preisschwankungen zu beobachten waren. — Durch diesen Preissturz ist nach dem letzten Bericht der Reichsbank [7]) der reale Wert der deutschen Zahlungen seit Beendigung der Pariser Konferenz um rund $^1/_5$ gewachsen, nach privaten Schätzungen sogar um 30 Prozent [8]).

Im Dawesplan war vorgesehen, daß bei Änderung der allgemeinen Kaufkraft des Goldes um mehr als 10 % die in Gold festgesetzten Reparationsverpflichtungen Deutschlands nach oben oder unten entsprechend berichtigt werden sollten. Diese Ausgleichsklausel, die für Deutschland jetzt nach Eintritt der Krise einen nicht zu unterschätzenden Schutz

---

6) Vgl. § 15 (S. 54).

7) Bericht des Reichsbankdirektoriums über das Geschäftsjahr 1930, Berl. 1931.

8) Vgl. Pinner im Berliner Tageblatt vom 25. April 1931 (Nr. 195).

darstellen würde, hat man bei Aufstellung des Youngplanes fallen lassen. Die „Vorsichtsmaßregel, die vielleicht niemals zur Anwendung kommen würde" — so im Dawesplan —, hat sich aber als richtig erwiesen, und die Tatsache, daß die Kaufkraft des Goldes um 20—30 % gesunken ist, ist ein Umstand, der unter dem Gesichtspunkt der Voraussetzung oder der clausula unbedingte Beachtung verlangt.

Es ist zu bedauern, daß man von deutscher Seite bisher noch keine Revision unter Hinweis auf diese rechtliche Möglichkeit verlangt hat[9]). Denn Gold galt für die Sachverständigen des Dawes- sowohl wie des Youngplanes nur als Wertmesser für Waren- und Dienstleistungen; und wenn der Großhandelsindex heute einen Rückgang um mehr als 20 % aufweist, so ist das ein Umstand, der die deutsche Last um eben diesen Prozentsatz schwerer erscheinen läßt und den Wert der Annuitäten ebenso wie den der privaten Zinszahlungen um ein beträchtliches erhöht hat; eine Tatsache, die auch dadurch nicht kompensiert wird, daß Rohstoffe und Halbfabrikate (die Deutschland vornehmlich einführt) im Werte mehr gefallen sind als Fertigwaren (die Deutschland ausführt) und Deutschland dadurch vielleicht, was von der Presse der Gläubigerländer behauptet wird, geringe Differentialgewinne hat.

Festhalten müssen wir, daß der reale Wert der Youngraten die Höhe der letzten Dawesannuitäten bereits übersteigt, daß also das Gegenteil von dem, was mit dem Pariser Plan, der eine Erleichterung für Deutschland schaffen sollte, bezweckt wurde, eingetreten ist; eine Tatsache, die eindringlich die innere Berechtigung der Anerkennung unserer Begriffe beweist, die Notwendigkeit einer Berücksichtigung des wahren und tiefsten Parteiwillens.

2. Ein nicht weniger lehrreiches und aktuelles Beispiel nicht nur für die Notwendigkeit, sondern auch für die Tendenz, das Klauselprinzip — als völkerrechtlich beste Ausprägung der drei Begriffe — positivrechtlich zu verankern, haben wir im **Artikel 19 der Völkerbundssatzung,** welcher von dem Grundsatz der Unwandelbarkeit der Verträge deutlich abrückt und dem Entwicklungsprinzip Rechnung trägt[10]).

Der Artikel lautet[11]):

---

9) Eine Andeutung findet sich zwar bei Pinner (vgl. letzte Note).

10) Vgl. hierzu Walz: „Revisionsmöglichkeiten im Rahmen der Völkerbundssatzung", D. J. Z. 1931 Sp. 596 ff..

11) Vgl.: Der Vertrag von Versailles; amtlicher Text der Entente und amtliche deutsche Übersetzung, Berl. 1926 (Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik etc.).

„L'Assemblée peut, de temps à autre, inviter les Membres de la Société à procéder à un nouvel examen des traités devenus inapplicables ainsi que des situations internationales, dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde."

Ungeachtet des Widerstandes der interessierten Mächte, die eine noch weitergehende Formulierung des Entwicklungs- und Revisionsgedankens, wie sie ursprünglich im Entwurf Wilsons vorgesehen war [12]), zu verhindern verstanden, haben wir also im Art. 19 V. B. S. „eine positive materiellrechtliche Grundsatznormierung" [13]), in der „die Starrheit des Status-quo-Systems in einem rechtlich sanktionierten Völkerrechtsverfahren vom Völkerbund selber entscheidend durchbrochen wird" [13]).

Im Art. 3 des Wilson'schen Entwurfs sollte zwar „die politische Unabhängigkeit und die territoriale Unversehrtheit der Völkerbundsmitglieder vom Bunde garantiert werden. Aber eine Gebietsänderung sollte jederzeit vorgenommen werden können, wenn sie von der beteiligten Bevölkerung aus ethischen, sozialen oder politischen Gründen nach dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts begehrt wird und außerdem, wenn die Völkerbundsversammlung eine Gebietsänderung im wohlverstandenen Interesse der beteiligten Bevölkerung beschließt. Diese Fassung sah also besondere Formen des internationalen Rechts für eine künftige im Interesse der freien und gerechten Fortentwicklung erforderliche Gebietsänderung unter den Völkerbundsmitgliedern vor" [14]).

Die zum Gesetz gewordene Neuredaktion im Art. 19 V. B. S. brachte zwar dann eine wesentliche Abschwächung des revisionistischen Gedankens; doch ist auch durch diesen Artikel das Entwicklungsprinzip im geltenden Recht grundsätzlich verankert und damit die Möglichkeit einer späteren Grenzrevision auf legalem Wege im Interesse der internationalen Gerechtigkeit wenigstens in Erwägung gezogen [15]).

Daß diese deutliche Durchbrechung des starren Status-quo-Prinzips und damit der Grundsatz, daß internationale Verträge nicht für die Ewigkeit gelten können, sondern dem Lauf der Zeit und der Veränderung der Verhältnisse Rechnung ge-

12) Art. 3 des Entwurfs, welcher die jetzigen Art. 10 u. 19. V. B. S. in sich vereinigte (vgl. Walz a. a. O. Sp. 597).
13) a. a. O. Sp. 601.
14) daselbst, Sp. 598.
15) Vgl. Walz a. a. O. Sp. 598.

tragen werden muß, gerade in der von der Kriegspsychose und der Sphäre der Pariser-Vorortsdiktate stark beeinflußten Völkerbundssatzung [16]) einen positivrechtlichen Niederschlag gefunden hat, daraus spricht deutlich die Tendenz der Zeit. Diese Tatsache beweist mehr als alle theoretischen Ausführungen, wie sehr die Einsicht ständig wächst, daß starre Normen nur allzuoft eine Gerechtigkeit nicht garantieren können.

3. Erwähnt sei noch, daß gerade in diesen Tagen sich England auf die clausula berufen hat, indem die englische Regierung erklärte, für den Fall, daß bei den französisch-amerikanischen Verhandlungen eine Lösung herauskommen sollte, die dem ursprünglichen Hoover-Plan gegenüber wesentliche Änderungen bringe, gelte ihr ausdrücklich erklärter Verzicht auf deutsche Zahlungen gemäß dem Hoover-Plan nur noch bedingt, und England fühle sich berechtigt, an etwaigen deutschen Zahlungen in einem Verhältnis teilzunehmen, wie es zur Zeit für die Youngzahlungen gültig sei.

4. Auch hat — wie die Presse berichtet — die chinesische Regierung vor Eröffnung der letzten chinesischen Nationalversammlung am 4. Mai dieses Jahres erklärt, daß sie die alten Verträge mit Frankreich, England, Japan und den Vereinigten Staaten vom 1. Januar 1932 ab als erloschen betrachte, unter Hinweis darauf, daß sogar Siam 1926 die Gerichtsbarkeit über die Fremden wiedererlangt habe.

Auch diese einseitige Aufhebung der Verträge ist nichts anderes als eine Beseitigung alter Vorrechte mit Hilfe der Klausel deshalb, weil solche Vorrechte dem Gedanken der Gleichberechtigung der Völker widersprechen und infolge des wirtschaftlichen und kulturellen Aufstiegs Chinas nicht mehr zeitgemäß sind. —

Daß England und die anderen Mächte, gegen welche sich diese Erklärung richtet, sich bisher m. W. noch nicht dagegen ausgesprochen haben, daraus geht hervor, daß auch sie erkannt haben, daß ihnen nichts anderes übrig bleiben wird als sich zu fügen. Sie haben also die Berufung auf die clausula in Erkenntnis der zeitlichen Veränderungen stillschweigend als berechtigt anerkannt und damit genehmigt.

---

16) Vgl. aber auch Versailler Vertrag Art. 299b (Möglichkeit einer Wiederaufnahme der im Kriege suspensierten Verträge gegen Auferlegung einer Entschädigungspflicht durch den gemischten Schiedsgerichtshof).

§ 19.

Wirtschaftspolitische Erwägungen, die eine Anerkennung unserer Begriffe fordern (insbesondere: Notverordnung über Bankfeiertage).

Die innere Notwendigkeit einer Anerkennung der hier behandelten Begriffe für das Gebiet des Privatrechts beweist deutlich ein ebenso seltener wie aktueller Vorgang aus dem Wirtschaftsleben dieser Tage.

1. Am 13. Juli 1931 hat der Reichspräsident im Anschluß an den Zusammenbruch einer Großbank auf Grund des Artikels 48 Abs. II der Reichsverfassung eine Notverordnung erlassen folgenden Inhalts:

„§ 1. Die Regierung ist ermächtigt, **Bankfeiertage** zu erklären. Sie bestimmt, für welche öffentlichen und privaten Kreditinstitute und Einrichtungen die Bankfeiertage gelten und welche Rechtswirkungen mit ihr verbunden sind.

§ 2. Die Verordnung tritt mit Wirkung vom 13. Juli 1931 in Kraft."

Die Reichsregierung hat daraufhin in ihren Ausführungsbestimmungen vom gleichen Tage angeordnet, daß sämtliche Staats- Kommunal- und Genossenschaftsbanken, Landschaften, überhaupt alle Banken und Bankgeschäfte für den Verkehr mit ihrer Kundschaft, ihren Gläubigern und Schuldnern am 14. und 15. Juli geschlossen bleiben sollten, und daß Leistung und Entgegennahme von Zahlungen und Überweisungen an das In- oder Ausland nicht erfolgen dürften, auch nicht durch Postscheckverkehr; eine Maßnahme, die durch spätere Verordnungen noch auf weitere Tage ausgedehnt wurde.

Diese aus der zwingenden Not der Zeit heraus erlassene — im Kampf um die Aufrechterhaltung der deutschen Währung gebotene — Notverordnung, die gewiß eine Ausnahmeerscheinung und seit Kriegsbeginn einzig dastehend ist, zeigt, wie die vielen anderen die Verfügungsgewalt des einzelnen über sein Vermögen und die Bewegungsfreiheit des Wirtschaftslebens rigoros einschränkenden Notverordnungen [1]),

1) V. O. des R. Pr. betreffend die Darmstädter- und Nationalbank v. 13. VII. 1931 (die im § 4 allerdings ausdrücklich bestimmt, daß die gemäß dieser V. O. oder der Durchführungsverordnungen getroffenen Maßnahmen keinen Anspruch auf Entschädigung begründen); V. O. d. R. Pr. über die Wiederaufnahme des Zahlungsverkehrs nach Bankfeiertagen, über den Verkehr mit Devisen und über Kursveröffentlichungen v. 15 VII. 1931:

die sich in den Tagen und Wochen nach Erlaß dieser ersten besonders einschneidenden Verordnung überstürzten, mit erschreckender Deutlichkeit, daß für solche Fälle die Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Rechts nicht ausreichen. Sie stellt die Rechtsprechung auch auf anderen Gebieten wie manche Verordnung aus den ersten Nachkriegsjahren wieder vor neue ungekannte Aufgaben. Man denke nur an den Fall, daß ein Schuldner, der die Zwangsvollstreckung abwenden möchte, seine auf der Bank liegenden Mittel hierzu nicht benutzen kann. Muß er die Zwangsvollstreckung dulden oder muß ihm ein Aufschub gewährt werden? M. E. ist das letztere richtig.

Besonders instruktiv ist aber auch dieser Fall namentlich wieder für unsere Frage nach der Anerkennung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage.

Die einschneidenden Maßnahmen der Notverordnung unterbanden für einige Tage den gesamten aktiven und passiven Zahlungsverkehr aller bankmäßig arbeitenden Organisationen. Ungeheure Störungen auf allen Gebieten des Wirtschaftslebens, die durch weitere Verordnungen — das Ende ist vorläufig noch nicht abzusehen —, durch sprunghafte Erhöhungen der Diskont- und Lombardsätze und andere Maßnahmen noch ins fast Unerträgliche gesteigert wurden, waren die unausbleibliche Folge. Zahlungs- und Lieferungsverzögerungen waren und sind noch heute nicht zu vermeiden; Kalkulationen werden zerstört infolge der Zinserhöhungen und der Unmöglichkeit mancher Großfirmen, an der Gepflogenheit verbilligten Bareinkaufs großer Warenvorräte festzuhalten. Manche werden gezwungen sein, um jeden Preis ihre Ware loszuschlagen, durch Dumping und Schleuderkonkurrenz mit Verlust ihre Bestände zu vermindern, um laufende Verpflichtungen einzulösen, um Gehälter und Löhne zahlen zu können. — Eine Unzahl von Voraussetzungen und Geschäftsgrundlagen wird durch diese gesetzlichen Maßnahmen zerstört, eine Unmenge von veränderten Umständen wurde geschaffen, die nicht alle bedeutsam sind, aber von denen doch ein Großteil im Sinne unserer Bestimmungen Berücksichtigung verlangt.

Zwar gelten nach § 1 Abs. II der Ausführungsbestimmungen zu der hier zitierten Notverordnung die Bankfeiertage für

---

Dritte und vierte Notverordnung über die Wiederaufnahme des Zahlungsverkehrs nach den Bankfeiertagen vom 18. u. 21. Juli 1931; V. O. d. R. Pr. gegen Kapital- und Steuerflucht v. 18. VII. 1931; V. O. d. R. Pr. über die Auszahlung von Dienstbezügen v. 18. VII. 1931; V. O. d. R. Pr. über die Erhebung einer Gebühr für Auslandsreisen vom 18. Juli 1931. — Vgl. auch die verschiedenen Ausführungs- und Durchführungsverordnungen.

die Berechnung von Fristen und Terminen für Willenserklärungen und Leistungen, die von einer Bank oder gegenüber einer solchen zu bewirken sind, als staatlich anerkannte allgemeine Feiertage im Sinne des § 193 BGB., sodaß sich also die Fälligkeit der Verpflichtungen der Bankinstitute und ihnen gegenüber um diese Tage hinausschiebt. Doch sind und waren Weiterungen unvermeidlich in den Fällen, in denen Bankgläubiger terminmäßig über ihr Guthaben disponiert haben: denn eine Hinausschiebung irgendwelcher privaten Zahlungsverpflichtungen enthält diese erste Not-V. O. nicht.

Zwar sind durch Art. 2 der zweiten Durchführungsverordnung vom 14. VII. die ersten Tage, und durch § 2 der Durchführungsbestimmungen über die Wiederaufnahme des Zahlungsverkehrs nach den Bankfeiertagen v. 15. VII. 1931 weitere Tage dieser Art auch als staatlich anerkannte Feiertage im Sinne der Wechselordnung und des Scheckgesetzes anerkannt — sodaß sich also u. a. die Protestfrist verlängert —. Durch § 3 der letztgenannten Durchführungs-V. O. ist des weiteren bestimmt, daß Rechtsfolgen, die für einen Schuldner infolge der Nichtzahlung oder verspäteten Zahlung wegen der Bankfeiertage nach Gesetz oder Vertrag eingetreten sind, als nicht eingetreten gelten; doch die Tatsache, daß die V. O. der letzten Tage sich so überstürzten, daß manche am Tage der Verkündung schon überholt waren, daß täglich Ergänzungen und Berichtigungen, Abänderungen und Sonderregelungen (Ausnahmen) erforderlich waren und sind, um die härtesten Ungerechtigkeiten und durch die V. O. hervorgerufenen Mißstände zu vermeiden oder abzuschwächen, beweist wieder zu deutlich, wie unvollkommen alle diese V. O. sind, wie unfähig die Gesetzgebungsmaschine zur abstrakten Regelung der zeitlichen Krisenerscheinungen ist, und daß es geradezu unmöglich ist, die vom deutschen Volke zu fordernden Opfer gerecht zu verteilen und sinngemäß Gleiches gleich zu behandeln und Verschiedenes verschieden.

2. Mancher ist nicht in der Lage, seine Verbindlichkeiten in der vertraglich geregelten Weise zu erfüllen; Beamte können nicht über ihr Gehalt verfügen, da sie es nur in Teilen ausbezahlt erhalten, Kaufleute nicht über ihr Guthaben; Fristen werden versäumt, Termine nicht eingehalten werden können. Auch § 3 der letztgenannten Durchführungsbestimmungen sagt: „Die auf Gesetz oder Vertrag beruhende Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen wird hierdurch nicht berührt". Zur Beschaffung der hierfür nötigen Gelder muß der Schuldner wieder die erhöhten Bankzinsen zahlen. — Staffelweise ist die Protestfrist für Wechsel, die Vorlegungsfrist für Schecks verlängert wor-

den, um die Einlösung auch in Raten zu ermöglichen; doch auch die Einlösung hierfür unterliegt natürlich den allgemeinen Beschränkungen des Zahlungsverkehrs. — Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten also, wohin man schaut.

Das Reichsgericht würde vielleicht, wie früher häufig [2]), aus dem Gesichtspunkt der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit" heraus helfen. Doch die einzig richtige Erfassung der hierdurch geschaffenen Zufälle und Mißstände kann nur vermittels der Berücksichtigung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage erfolgen; ebenso müssen diese Begriffe die Abwicklung und Beurteilung anderer Geschäfte und Verträge beherrschen, die durch die Not-V. O. betroffen werden.

Man denke an den gewiß häufigen Fall, daß ein Reisebüro jetzt in der Hauptreisezeit sich vor einigen Wochen zur Durchführung einer Auslandsreise gegen festen Preis „einschließlich aller Ausgaben und Gebühren für Paß, Visum etc." verpflichtet hat. Kein Teilnehmer einer solchen Gesellschaftsreise wird verlangen können, daß nun, nachdem gemäß der V. O. über Erhebung einer Gebühr für Auslandsreisen bei jeder Grenzüberschreitung 100 RM zu zahlen sind, das Reisebüro auch diese Gebühr zahlt — man denke an den Fall, daß der Preis der Reise geringer ist als diese Gebühr —, selbst wenn es die Gegenleistung schon empfangen haben sollte; und doch kann das Reisebüro Befreiung von der Verbindlichkeit nur erlangen unter Berufung auf die selbstverständliche Voraussetzung, daß die Grenzübertrittsmöglichkeiten im wesentlichen unverändert bleiben würden. — Es wird Erfolg haben gemäß § 242 BGB. und nur zu leisten brauchen gegen entsprechende Erhöhung der gezahlten Pauschalsumme, d. h. der Reisende muß die Grenzübertrittsgebühr trotz der im Vertrage enthaltenen Klausel „einschließlich Paß, Visum etc." selbst zahlen. Die Belastung hiermit kann dem Reisebüro nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden. — Ähnliches muß gelten, wenn ein Gelehrter beispielsweise sich gegen festes Honorar zur alsbaldigen Erstattung eines Gutachtens etwa über geologische Fragen verpflichtet hat, zu dessen Abgabe er einmal oder gar häufiger die Grenze überschreiten müßte.

Man könnte die angeführten Beispiele noch bis ins Endlose vermehren [3]) — sowohl aus dem täglichen Leben, wie auch insbesondere in Bezug auf die letzten Notverordnungen —; doch treten wir statt dessen, um die Arbeit nicht unnötig zu verlängern, der dogmatischen Begründung näher.

2) Vgl. die Entscheidungen oben § 9 Anm. 6 (S. 29); s. auch § 11 Anm. 1.
3) vgl. namentlich Plum (siehe oben § 12 Anm. 4; S. 43).

5. Die dogmatische Rechtfertigung der Begriffe (Kritik und eigene Meinung).

Einer ausführlichen Einzelkritik der Lehren Windscheids und Oertmanns bedarf es nach der schon zitierten umfangreichen Literatur hierüber nicht mehr; auch die Lehren Lochers und Rhodes sind im Schrifttum schon häufig behandelt worden — eine eingehende Würdigung findet sich u. a. bei Krückmann [1]) —. Eine nochmalige genaue Besprechung, die manches wiederholen müßte, was anderwärts schon gesagt ist, wäre demnach wenig nützlich; denn die Einstellung des Verfassers ergibt sich zur Genüge aus der nun folgenden Darstellung der eigenen Meinung, bei der es ohnedies unvermeidlich ist, noch auf manche Einzelheiten der verschiedenen Lehren kritisch zurückzukommen. Insbesondere werden wir Gelegenheit nehmen, uns zu der Lehre Krückmanns von der Voraussetzung als virtuellem Vorbehalt, die — weil erst vor kurzem entwickelt — bisher im einschlägigen Schrifttum noch nicht ausführlich und kritisch behandelt wurde, näher zu äußern, da diese Lehre sich in manchem mit der Ansicht des Verfassers deckt.

I.

1. „Es ist zuzugeben, daß der Lehre und der Anwendung des Rechts durch das starke Hervortreten des Urteilens nach unvermittelt richtigen Anforderungen neue und schwierige Aufgaben gestellt sind. Aber sie können erschöpfend erfüllt werden, und in der Sache liegt eine Notwendigkeit von Schwanken und Unsicherheit nicht" [2]).

In allen uns hier interessierenden Fällen darf der deutsche Richter die Voraussetzung dann anerkennen, wenn er die doppelte Funktion von Treu und Glauben beachtet, die unser ganzes Rechtssystem durchzieht. Ein erfahrener Richter, der die Bedürfnisse und Anschauungen unserer Zeit kennt und dem der Fundamentalsatz unseres Bürgerlichen Rechts, daß Verträge nach Treu und Glauben ebenso auszulegen wie zu erfüllen sind, in Fleisch und Blut übergegangen ist, wird die schwierigsten Fälle und die tausendfachen Differenzierungen des täglichen Lebens meistern können, er wird immer beachten, daß unser Recht nicht aus Paragraphen besteht, daß es lebt und entwicklungsfähig ist: sein Spruch wird

1) Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, S. 32 ff., 34, 60 f., 88 ff.; vgl. auch Schaefer S. 7 ff., 35 ff.; Wacup, namentlich S. 13 ff..
2) Stammler, Richtiges Recht S. 203.

richtiges Recht sein. Nach Treu und Glauben ist nicht nur auszulegen, was eine Partei vorausgesetzt hat, sondern ganz besonders, ob sie sich dem Gegner gegenüber auf diese Voraussetzung berufen darf.

Hierauf mit Nachdruck hingewiesen zu haben, ist ein bleibendes Verdienst Krückmanns. Es ist der Kernpunkt des ganzen Problems und die einzige Lösung desselben, die den Bedürfnissen und Anschauungen unserer Zeit gerecht wird und ohne künstliche Konstruktionen, Fiktionen und Analogieschlüsse aus dem Gesetz selbst gewonnen werden kann; weil nur diese Lösung seinem Geiste entspricht.

Denn während der § 779 BGB. sowohl wie die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung, die Bestimmungen über Irrtumsanfechtung und Nebenbestimmungen, die Unmöglichkeitslehre und die Regelung des Rücktrittsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch abstrakte Rechtsnormen enthalten, die auf einen konkreten in den Vorschriften selbst genau abgegrenzten Tatbestand zugeschnitten sind und deshalb nur für diesen jeweiligen Tatbestand allein angezogen werden können, wenn man das Gesetz nicht auf den Kopf stellen und die Rechtssicherheit im gefährlichen Spiel untergraben will, sind die Generalnormen der §§ 242, 157 BGB. wohlweislich in allgemeiner Form als Blankettbestimmungen abgefaßt. Und so sehr man sich dagegen verwahren muß, daß an der festen Rechtsregel, die zur Beurteilung mancher Verhältnisse gerade in einem nicht-kasuistischen Rechtssystem unentbehrlich ist, gerüttelt und gedeutelt wird, wie es in der Ausweitung des Begriffs der Bedingung vielfach geschehen ist und mit der Gleichstellung von juristischer und wirtschaftlicher Unmöglichkeit solange beliebt war, bis man erkannte, daß man wohl den Anfang sah, aber nicht das Ende einer solchen Gesetzesfälschung, — so sehr muß man darauf dringen, daß der Lehre von Treu und Glauben die Stellung in Theorie und Praxis eingeräumt wird, die ihr gebührt und vom Gesetzgeber in weiser Vorausschau eingeräumt ist.

Denn ein Urteil, in dessen Begründung sich nur die §§ 242, 157 BGB. finden, ist keine Flucht aus der strengen Logik in irrationale Sphären, sondern häufig schwieriger zu konstruieren und auch logisch richtiger als ein anderes, in dem ein pseudologisches Gedankengebäude die Begriffe Voraussetzung und Geschäftsgrundlage totschweigt, um sie sophistisch in verdrehter Form zu übernehmen und einer festen Rechtsregel zu subsumieren, deren abgegrenzter Geltungsbereich damit unterminiert wird. Eine ständige Übung der hier angegriffenen Methode würde über kurz oder

lang unser ganzes Rechtssystem umstoßen und an einem Gebäude, dessen Inneneinrichtung man verändern darf, die einzelnen Steine nach und nach fortreißen.

2. Nicht dadurch wird die Rechtssicherheit gefährdet und Rechtsunsicherheit geschaffen, daß man die Begriffe der Voraussetzung und Geschäftsgrundlage überhaupt anerkennt — denn ihre Anerkennung ist die letzte Folgerung aus der Gegenseitigkeit des Vertrages, und gerade ihre Nichtberücksichtigung würde allen Machenschaften Tür und Tor öffnen —, sondern nur eine falsche Konstruktion, eine Ausweitung und Umdeutung solcher Rechtsinstitute, die zur Regelung völlig anders liegender Tatbestände bestimmt sind, führt zur Eliminierung des Gesetzes; und zwar nicht infolge der Hereinnahme von im Gesetz nicht ausdrücklich anerkannten Begriffen, sondern durch die darin liegende Verwässerung und Verwischung eben jener Begriffe, die im Gesetze verankert sind.

Wir dürfen deshalb nicht mit Roth und Wacup [3]) sagen: „Die Ordnungsfunktion der festen Rechtsregel, die Ordnungsfunktion des Gesetzes oder der Vertragsbestimmung ist trotz der ungeheuren Bedeutung der Gebundenheit an Gesetz und Vertrag gegenüber der in der Billigkeit sich offenbarenden Gerechtigkeitsidee schließlich nur das Untergeordnete"; und ebensowenig dürfen wir allgemein sagen, daß es der Rechtsanwendung überlassen bleibt, „das verfehlte Gesetz durch geeignete Auslegung unschädlich zu machen"[4]); denn dies ist nur soweit möglich, als das Gesetz tatsächlich selbst hierzu die Handhabe bietet. Auch eines Hinweises auf die Bestimmung des § 4 der Reichsabgabenordnung, „daß bei Auslegung der Steuergesetze deren Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen sind" [5]), bedarf es nicht; denn eine verständige Anwendung der §§ 242, 157 BGB. gibt jede nur wünschenswerte Gewähr für Gerechtigkeit und Billigkeit. Was **§ 4 der Reichsabgabenordnung** für das Steuerrecht bestimmt, war lange vor diesem Gesetz schon im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert; § 4 der Reichsabgabenordnung ist lediglich eine allgemeinverständlichere Form und Erläuterung des Begriffs von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte".

---

3) Roth, L. Z. 1920 S. 626, zit. bei Wacup S. 72.
4) Wacup a. a. O. S. 80.
5) Vgl. hierzu Becker, Reichsabgabenordnung S. 31 ff., besonders S. 64; vgl. auch den Hinweis bei Wacup a. a. O..

Demnach ist jede gezwungene Konstruktion, jede Analogie bei der Berücksichtigung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage entbehrlich; denn sie waren im Gesetz verankert, schon bevor systematische Darstellungen sich damit befaßt und Begriffsanalysen uns Wesen und Funktion derselben klar gemacht haben.

Nur darf man nicht vergessen, daß Treu und Glauben die einzige Möglichkeit bieten, Voraussetzung und Geschäftsgrundlage anzuerkennen, daß alle anderen Rechtsinstitute des Bürgerlichen Gesetzbuches aber [6]), die man sonst zur Begründung unserer Begriffe heranzieht, das nicht hergeben, was man aus ihnen herauslesen möchte, aber vor allem deshalb nicht aus ihnen herauslesen darf, weil sonst die in jeder festen Rechtsregel liegenden Grenzen verwischt werden. —

Nach dieser Darlegung genügen wenige Worte zur Abgrenzung der eigenen Meinung des Verfassers gegenüber den Lehren der Begründer und deren Aufnahme in Wissenschaft und Praxis.

II.

1. Die dogmatische Verwurzelung liegt in der Bestimmung des § 242 BGB. Die rechtliche Qualität ist damit bewiesen und die Anerkennung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage auf **Gesetzeswirkungen** [7]) — nicht auf Willenswirkungen! — zurückzuführen. — Ob überhaupt eine Voraussetzung oder Geschäftsgrundlage zum Inhalt des Vertrages gehört, ist zwar gemäß § 157 BGB. zu beurteilen. Sobald jedoch im Wege der Vertragsauslegung festgestellt ist, daß eine solche Willensbeschränkung im Sinne der Parteien lag, muß diese nach näherer Maßgabe des § 242 BGB. berücksichtigt werden. — Um dieses näher zu erläutern, ist es notwendig, kurz das Verhältnis der §§ 242 und 157 BGB. zueinander klarzulegen [8]).

6) Neben den sonstigen Blankettbestimmungen (§§ 826, 138 BGB. vor allem), die uns aber hier nicht interessieren. Bedeutungswandlungen unterliegen freilich noch viele Bestimmungen des BGB., z. B. die Vorschriften über die Berücksichtigung des „wichtigen Grundes", doch kann hieraus keine allgemeine Rechtsregel abgeleitet werden.

7) Ebenso Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 131, 129, 133 f., 135 und früher schon Bekker, Pand. II S. 372 u. Lenel, Arch. ziv. Prax. Bd. 74, S. 227 ff..

8) Die Lit. zu dieser Frage ist sehr umfangreich und in allen Komm. bei den einschlägigen Paragraphen zusammengestellt. Eine Auseinandersetzung mit den auch heute noch sehr verschiedenen Ansichten, die zum Teil die beiden Paragraphen promiscue oder als gleichwertige Parallelvorschriften nebeneinander gebrauchen, ist hier nicht möglich; es seien deshalb auch nur einige Hauptquellenschriften genannt, unter denen die umfassende Monographie Wendts über „die exceptio doli generalis" (Arch. ziv. Prax. Bd. 100, S. 417) eine besondere Stellung einnimmt. — Vgl. außerdem

Allgemein ist zu sagen, daß die Bestimmung des § 242 sich auf sämtliche Schuldverhältnisse bezieht, sodaß also heute alle actiones bonae fidei und die Grundsätze von Treu und Glauben jeder Gesetzesbestimmung immanent sind. Zwingende Normen werden freilich mit der Berufung auf Treu und Glauben nur selten entkräftet werden können [9]). § 242 begrenzt die Leistungspflicht des Schuldners (und Gläubigers [10])), nach ihm ist also die Frage nach der Existenz und der Gültigkeit des Vertrages zu beantworten; § 157 bezieht sich demgegenüber nur auf die inhaltliche Tragweite des Vertrages [11]), er gibt die Handhabe zur Auslegung des Rechtsgeschäfts.

Oertmann präzisiert den Unterschied dahin, daß er sagt, § 157 beziehe sich auf den Tatbestand, auf die Feststellung der Welt des Seins, § 242 dagegen auf die Rechtsfolge, auf die Welt des Sollens [12]). Daraus geht schon hervor, daß nach § 242 nicht nur zu beurteilen ist, wie zu leisten, sondern auch, ob überhaupt noch zu leisten ist, ob der Vertrag zu Recht besteht; wobei sich Berührungspunkte mit der Vorschrift des § 138 BGB. ergeben [13]).

Im Begriffe von Treu und Glauben ist somit jeder Rechtsausübung die allgemeine Schranke der Zumutbarkeit gesetzt noch über den Fall des § 826 BGB. hinaus. Und jeder Berufung auf formales Recht steht nach dem Grundsatz von der inneren Vertragstreue die Einrede der allgemeinen Arglist, die **exceptio doli generalis** des römischen Rechts, der „Einwand der Unvereinbarkeit", wie Hamburger sagt [14]), entgegen. Und zwar ist der Richter von Amts wegen verpflichtet, diese „exceptio" zu berücksichtigen [15]), wobei man freilich

---

Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte, bes. S. 310 ff., Danz, Auslegung, bes. S. 132 ff., auch Stammler, Richtiges Recht S. 219 ff.; neuestens Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr. — Von der Monogr. Hamburgers erfuhr der Verfasser erst durch die letzte Nummer der D. J. Z. v. 15. Juli 1931, zu einer Zeit, da diese Arbeit schon abgeschlossen war. Die Monogr. konnte deshalb die ihr im Rahmen dieser Arbeit gebührende Berücksichtigung nicht finden. Sie ist hier nur zit. nach dem allgemein orientierenden Aufsatz Hamb.'s über dasselbe Thema in eben dieser Nummer der D. J. Z. (1931, Sp. 929 ff.).

9) Vgl. Hamburger D. J. Z. 1931 Sp. 930 und Treu und Glauben S. 8 f.; außerdem R. G. in J. W. 1931 S. 735.

10) So auch Wendt, a. a. O. S. 87.

11) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung, S. 313.

12) Rechtsordnung, S. 312, Geschäftsgrundlage S. 130.

13) So richtig Wendt, a a. O. S. 86 f., Hamburger D. J. Z. 1931 Sp. 930.

14) D. J. Z. Sp. 933, Treu und Glauben S. 99 ff.; vgl. auch die Ausführungen oben § 15, S. 59.

15) So auch Enn.-Lehmann II § 4 II, 1.

nicht so weit gehen darf — wie Wendt [16]) und Danz[17]) —, daß man sagt, der Richter müsse den Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfalle auch gegen das Gesetz zur Geltung bringen. Nicht contra legem besteht der Grundsatz von Treu und Glauben, sondern nur intra legem und praeter legem.

Innerhalb des Gesetzes aber herrscht der Satz von Treu und Glauben als prinzipiell maßgeblich; und wenn man die eben gegebene Einschränkung beachtet, so hat — wie auch Hamburger mit Recht hervorhebt [18]) — die Beurteilung nach Treu und Glauben und die Berücksichtigung der exceptio doli generalis mit freier Rechtsfindung nicht das geringste zu tun [19]); ebensowenig aber die Berücksichtigung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage aus diesem Gesichtspunkte heraus, wie ebenfalls Hamburger anerkennt [20]), der allerdings auch — wie soviele — die Begriffe gleichsetzt.

Wenn wir aus diesen Erwägungen heraus unter Berufung auf die zentrale Bedeutung des § 242 uns grundsätzlich für die Anerkennung der Begriffe, weil vom Gesetz gewollt, aussprechen, so sehen wir allerdings in der gleichen Norm auch die Grenze, jenseits deren die Geltendmachung der Voraussetzung nicht gestattet oder gar unsittlich ist.

§ 242 enthält mit der Sanktion der Begriffe gleichzeitig deren Begrenzung.

2. Einmal ist nach § 157 im Wege der Auslegung festzustellen, was die Parteien vorausgesetzt haben oder was die Geschäftsgrundlage des Vertrages war. Hierbei ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu verfahren, und „alles, was objektiv" — nicht aber mit Hilfe von Fiktionen — „feststellbar ist und auf den Vertrag Bezug haben kann, muß auf seine Erheblichkeit für den Inhalt des Vertrages geprüft werden" [21]). Auch ist es richtig, wie das Reichsgericht sagt [22]), daß nicht der innere Wille des Erklärenden letzten Endes entscheidet, sondern nur der erklärte Wille — daß also eine Voraussetzung, die nicht an die Außenwelt gedrungen ist und der Gegenpartei nicht erkennbar war, niemals Berücksichtigung finden kann —. Doch bei der Auslegung ist „unter Berücksichtigung des ganzen Zusammenhangs, insbesondere

16) a. a. O. S. 105.
17) Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 495, 448 (zit. bei Wendt a. a. O. S 107; Oertmann, Rechtsordnung S. 312), vgl. auch Danz, Auslegung S. 141 ff.
18) D. J. Z. 1931 Sp. 931.
19) Vgl. auch Stammler a. a. O., bes. S. 222, 224.
20) D. J. Z. 1931 Sp. 933.
21) Rhode, Arch. ziv. Prax. Bd. 124 S. 267.
22) R. G. Bd. 119 S. 25.

des gesamten Verhältnisses der Parteien und des wirtschaftlichen Zwecks des Rechtsgeschäfts zu ermitteln, wie die Beteiligten ihre Erklärung nach allgemein im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt waren“ [23]). „§ 133 BGB. gibt“ dem auslegenden Richter hierbei „Anweisung darüber, in welchem Sinne das Gesagte zu verstehen sei, § 157 darüber, welche Tragweite der sinngemäß festgestellten Äußerung zukomme“ [24]).

Alle Unklarheiten gehen zu Lasten des Erklärenden; denn Willenserkärungen sind nach einer alten Auslegungsregel [25]) im Zweifel gegen den auszulegen, der sie abgegeben hat. Damit ist die Möglichkeit einer stillschweigenden Erklärung der Voraussetzung oder die Anerkennung einer Geschäftsgrundlage, die zwischen den Parteien offenbar war, aber mit keinem Worte erwähnt wurde, durchaus nicht abgelehnt. Doch gewöhnlich pflegt man sich ja im geschäftlichen Leben deutlich auszudrücken, insbesondere dann, wenn man einen Vorbehalt oder eine Einschränkung machen will; und wer das nicht tut, muß es sich gefallen lassen, daß Gegenpartei und Gericht die Erklärung so auffassen, wie sie wahrscheinlich gemeint war. Man darf seinem Kontrahenten nicht zumuten, daß er sich stundenlang darüber den Kopf zerbricht, was man wohl gemeint haben könne. Überhaupt wäre es unbillig, wenn bei mehrdeutigen und verschwommenen Ausdrücken der Vertragsgegner darunter leiden müßte und nicht der Erklärende; denn andernfalls wäre unlauteren Elementen eine willkommene Handhabe gegeben, eventuellen Zufällen — man denke an Spekulationsgeschäfte! — und Gesinnungsänderungen dadurch vorzubeugen, daß sie ihre Willenserklärungen beim Abschluß von Verträgen in Worte kleiden, die eine ihnen günstige Auslegung jederzeit gestatten würden, um sich so den eingegangenen Verpflichtungen einseitig entziehen zu können. Eine Unsicherheit im Rechtsverkehr und Untergrabung der Geschäftsmoral könnte leicht die Folge einer solchen Auslegung und Rechtsprechung sein. Das Gesetz schützt mit Recht den Erklärungsempfänger. Nicht der subjektive Wille des Erklärenden kann entscheidend sein, sondern nur seine Erklärung, wie sie bei verständiger Würdigung aller Umstände und Berücksichtigung der Verkehrssitte vom Gegner verstanden werden konnte. — Nur in die-

23) Vgl. vorige Note.
24) Oertmann, Rechtsordnung S. 82.
25) Vgl. z. B. v. Tuhr II, 1 S. 539 und L. 39 Dig. de pactis 2, 14; L. 26 (27) Dig. de reb. dub. 34, 5.

sem Sinne sind die Erklärungen einer Partei zum Vertragsinhalt geworden; und wenn sich der durch Auslegung ermittelte Sinn der Erklärung nicht mit dem Willen des Erklärenden deckt, so ist gleichwohl der ermittelte Sinn maßgebend [26]).

Hiermit ist aber gleichzeitig gesagt, daß die objektive Erkennbarkeit einer Voraussetzung oder Geschäftsgrundlage genügt; ein tatsächliches Erkanntsein ist nicht erforderlich. Würde man es fordern wollen, so würde man auf oft unüberwindliche Schwierigkeiten bezüglich der Frage der Beweislast stoßen.

3. An das so gewonnene Ergebnis der Auslegung gemäß §§ 157, 133 BGB. ist dann der Maßstab des § 242 BGB. anzulegen und zu fragen, ob die Partei nach Treu und Glauben berechtigt ist, sich auf diese tatsächlich festgestellte Voraussetzung (Geschäftsgrundlage) zu berufen. Und hierbei ist den Grundsätzen Krückmanns zu folgen in der Weise, wie schon oben (§ 14) ausgeführt ist, dem Grundsatz namentlich, daß für alle Zufälle und Vorkommnisse, die sich in der eigenen Sphäre des Erklärenden ereignen, in erster Linie dieser eintreten muß. In gewissen Grenzen wird der Handelnde immer auf eigene Gefahr tätig, und es kann nicht zulässig sein, daß jemand nach Belieben nachträglich seiner Gegenpartei die Verantwortlichkeit zuschiebt. Grenze und Anerkennung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage werden somit gleichzeitig durch den Begriff der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmt.

III.

1. Wir treten also in unserer dogmatischen Begründung **den Ansichten aller der Schriftsteller entgegen,** die die Anerkennung von Voraussetzung und Geschäftsgrundlage unmittelbar auf eine gesetzliche Spezialvorschrift zurückführen wollen; wir wenden uns demnach gegen die auf das Kondiktionenrecht aufgebaute Lehre Windscheids sowohl wie gegen die Ansicht Lochers, der im § 812 Abs. I Satz 2 2. Fall die Rechtfertigung sieht. — So sehr die enge Formulierung mancher Spezialnormen im Bürgerlichen Gesetzbuch zu bedauern ist: wir dürfen die eindeutig festliegenden Bestimmungen nicht ausweiten, wenn wir nicht auch noch das Gute, das in ihnen steckt, zerstören, wenn wir sie nicht überhaupt unbrauchbar machen wollen.

---

26) Vgl. Enneccerus, I § 192 III, 3; R. G. Bd. 86 S. 88.

Wir lehnen ferner alle Analogieschlüsse als zur Rechtfertigung unserer Begriffe untauglich ab; somit die Lehre von Tuhrs, der gemäß § 779 unsere Begriffe behandelt wissen möchte, und die Ansicht des Reichsgerichts, das vornehmlich analog dem Absatz II des § 119 BGB. oder in Ausweitung der Begriffe „Eigenschaftsirrtum" und „Inhaltsirrtum" die Lösung sucht. Wir wenden uns besonders scharf gegen die Konstruktion einer stillschweigenden Bedingung, weil die stillschweigende Bedingung neben dem Motiv zwar der Voraussetzung am engsten verwandt, aber gerade deshalb auch die Verwechslung mit ihr besonders gefährlich ist.

Wir sind des weiteren der Meinung, daß die Rechtfertigung der Begriffe unter Zurückführung auf Willenswirkungen, wie wir sie besonders ausgeprägt bei Rhode vorfinden und auch bei Wacup[27]), nicht richtig ist, weil ebenfalls nur unter Zuhilfenahme von Fiktionen und Unterstellungen durchfürbar. Nicht § 157 BGB. ist die Grundlage unserer Begriffe — wie wir noch einmal hervorheben wollen —, nicht die Willensauslegung, die in Wirklichkeit oft auf eine Willensergänzung und „Willenseinlegung" hinausläuft, sondern die Vertragsauslegung gemäß § 242 BGB. Denn auch Enneccerus — der den Unterschied zwischen den §§ 157 und 242 freilich viel zu eng faßt, wenn er meint, § 157 bestimme das „was" der Leistung, den Schuldinhalt, § 242 das „wie", die Leistungsart — sagt, der Grundsatz von Treu und Glauben beherrsche als oberster das ganze Schuldrecht in zwingender Weise, alle Schuldverhältnisse nach allen Seiten und ihrem ganzen Inhalte nach[28]) [29]).

2. Wenn wir im vorigen als unbedingt beachtbar den Unterschied zwischen § 157 und § 242 BGB. hervorgehoben haben, so ist das keine dogmatische Spielerei, sondern deshalb notwendig, weil die ausschließliche Betrachtung nach § 157 BGB. oft zu einer Fiktion greifen müßte. Denn in vielen Fällen liegt eine Voraussetzung lediglich darin — besonders in der Unterform der clausula —, daß die Partei etwas für selbstverständlich hält und an eine Möglichkeit der Änderung der Verhältnisse gar nicht denkt, sodaß psychologisch gar keine Voraussetzung, sondern ein Nichts vorhanden ist, weil die Voraussetzung nur

27) Wacup, S. 23 ff..

28) Enn.-Lehmann II § 4 II.

29) Als Gegner unserer Ansicht sei noch Leonhard, Allg. Schuldrecht, bes. S. 415 ff., vgl. auch S. 116, genannt, nach dessen Ansicht ein allgemeines Rücktrittsrecht entschieden abzulehnen ist (S. 419) und der die Voraussetzungslehre und alles Ähnliche als „Inflationslehren" bezeichnet (S. 418).

im Unterbewußtsein des Betreffenden existiert. Eine solche Voraussetzung, die selbstverständlich ist (z. B. daß die Partei weiterhin über ihr Vermögen frei verfügen kann und nicht „Bankfeiertage" die Verfügung unterbinden), verdient unbedingt Berücksichtigung. Nach § 157 könnte nur eine „Einlegung", eine Fiktion zum Ziele führen, nach § 242 aber ist der Richter berechtigt, dem Vertrage ohne Zuhilfenahme des Parteiwillens den Inhalt zu geben, den er nach Treu und Glauben hat — natürlich nur in besonders liegenden Einzelfällen —.Eine solche Voraussetzung war auch dem Gegner „erkennbar", weil sie selbstverständlich war.

IV.

1. In Übereinstimmung befinden wir uns in der hier gegegebenen Begründung der Begriffe namentlich **mit Krückmann,** der die Lehre von der Geschäftsgrundlage und Voraussetzung einzig und allein auf den Begriff der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben zurückführt.

Aber auch Locher sagt schon, ebenso wie Krückmann, daß im Geschäftsverkehr jede Partei die Gefahr der Vereitelung ihres über den typischen Geschäftsinhalt hinausgehenden Parteizwecks grundsätzlich selbst trägt [30]); sodaß wir in der Beschränkung unseres Begriffes — nicht in der Begründung, obwohl auch Locher in seiner Definition schon von zuzumutenden Opfern spricht [31]) — auch mit Locher im wesentlichen übereinstimmen. Die Forderung Lochers, der ähnlich wie Oertmann es für notwendig hält, daß der Gegner die Zweckgebundenheit (nach Oertmann die Vorstellung des Gegners vom Sein oder vom Eintritt der Umstände, auf deren Grundlage dessen Geschäftswille sich aufbaut) gekannt und zum mindesten durch Nichtwiderspruch genehmigt (nach Oertmann nicht beanstandet) hat, erscheint bei einer in der oben angegebenen Weise objektiv durch § 242 BGB. begrenzten Voraussetzung entbehrlich; da, wie oben ausgeführt, bei einer verständigen Anwendung des Begriffs der Zumutbarkeit ein Mißbrauch oder eine ungerechte verfehlte Anwendung des Begriffs fast ausgeschlossen ist. Es kommt darauf an, ob man nach dem Gesetze der Partei ein solches nachträgliches „Nichtwollendürfen", wie Krückmann sich ausdrückt [32]), ausnahmsweise gestatten kann, ob die Partei sich auf die Voraussetzung berufen darf, oder ob andererseits sie die Gefahr — für die in

30) Arch. ziv. Prax. Bd. 121 S. 68.
31) a. a. O. S. 72.
32) Vgl. oben § 10, 3 (S. 33).

der engsten eigenen Lebenssphäre liegenden Umstände und eintretenden Vorkommnisse — selbst tragen muß und deshalb die Berufung auf die Voraussetzung wider Treu und Glauben verstößt.

Schon Lenel sagte, und hierin können wir ihm zustimmen: „Nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt hat, sondern was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber berechtigt war“ [33]).

Des weiteren können wir die Ansicht von Enneccerus-Lehmann — die Ansicht Lehmanns [34]), denn Enneccerus war noch anderer Meinung [35]) — im wesentlichen für uns anführen. — In der neuesten Auflage des bekannten Lehrbuchs [36]) sagt auch **Lehmann** [37]), die Fülle der Versuche in der Praxis, ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu begründen, sei ein deutlicher Fingerzeig dafür, daß diese Rechtsprechung einem praktischen und unabweisbaren Bedürfnis entspreche. Schwierig ist nach seiner Ansicht die Frage, welche der verschiedenen Begründungen vorzuziehen ist: weil allen die gleiche Interessenabwägung zugrunde liegt. Er meint, deshalb müßten eigentlich alle Wege im wesentlichen zu gleichen Ergebnissen führen. Auch hierin können wir ihm zustimmen: erst recht aber, wenn er sagt: „Seine letzte Rechtfertigung findet das Rücktrittsrecht in den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242), die unzumutbare Anforderungen an den Schuldner verbieten. Für das Maß des Zumutbaren sind der Vertragsinhalt und die Vertragsgrundlagen von ausschlaggebender Bedeutung (157)“ [38]).

Lehmann möchte deshalb das Rücktrittsrecht mit dem Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen; die Einrede aus entgegenstehendem eigenen Interesse empfiehlt sich dagegen nach Lehmann nicht; sie führt „zu keiner endgültigen Klärung der Rechtsbeziehungen der Parteien“ [35]). — Lehmann hebt mit Recht hervor, die Frage nach Be-

33) Arch. ziv. Prax. Bd. 79 S. 105; so auch schon die Andeutung Lenels in Arch. ziv. Prax. Bd. 74 S. 227, 234. — Die Unterscheidung, die Krückmann gegenüber dieser wohl ersten Formulierung des Grundgedankens seiner eigenen Lehre von Lenel im Arch. ziv. Prax. Bd. 131, S. 13 trifft, ist weniger wesentlich als jener zu glauben scheint.

34) Vgl. Lehmann, Allg. Teil, S. 255 ff.. Diese Ausführungen wiederholen sich im wesentlichen in der Neuauflage des Ennecc. v. Lehmann.

35) s. Enn. I. 2. 10. Bearbeitung (1927), § 264 a. Anm. 9, § 444, Anm. 4; siehe aber § 264 a (S. 131)!

36) s. Literaturverzeichnis.

37) § 41 II 4.

38) a. a. O. (S. 144).

gründung und Begrenzung der Begriffe sei noch im Fluß. — Nach Lehmann ist die Formel Lochers gegenüber Oertmann ein Fortschritt, was deshalb auch unserer Ansicht entspricht, weil Locher auf die objektive Bedeutung der Umstände abstellt. Doch muß eine haltbare allgemeine Formel nach Lehmann „eine Verbindung subjektiver und objektiver Momente suchen und darauf abstellen, ob der Vertragsgegner sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages auf die Abhängigmachung desselben von dem fraglichen Umstande eingelassen hätte oder redlicherweise hätte einlassen müssen, wenn man die Unsicherheit des Umstandes beim Vertragsschluß in Betracht gezogen hätte[39]).

Diesen Weg sind wir im wesentlichen gegangen; und wir glauben, im Ergebnis eine Verbindung zwischen objektiven (§ 242) und subjektiven (§ 157) Momenten in unserer auf der Lehre des Altmeisters Windscheid aufgebauten Lösung gefunden zu haben, ohne freilich zu verkennen, daß die Behandlung der Begriffe unter dem für uns hier maßgeblichen Blickpunkt nicht noch erheblich verbessert werden könnte, um vollkommen zu sein.

2. Lehmann sagt zum Schluß, ein Umstand verdiene unter einer dreifachen Voraussetzung als Geschäftsgrundlage Berücksichtigung:

„1. Wenn die grundlegende Bedeutung des Umstandes für den Vertragsschluß dem Vertragsgegner erkennbar[40]) geworden ist, [§ 157! d. V.]
2. wenn ferner nur die Gewißheit[40]) hinsichtlich des Vorhandenseins, der Fortdauer oder des Eintritts des fraglichen Umstandes die Partei, die auf ihn Wert legte, davon abgehalten hat, vom Gegner seine Anerkennung als Bedingung zu verlangen, und
3. wenn endlich der Gegner sich auf dieses Ansinnen, falls man die Unsicherheit des Umstandes ernsthaft in Betracht gezogen haben würde, mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages eingelassen hätte oder redlicherweise hätte einlassen müssen“[40])[41])[42]). [§ 242! d. V.]

M. E. ist diese Formel die bisher beste, die sich in der gesamten Literatur über unser Problem vorfindet. Sie bringt

39) siehe vorige Note.
40) Gesperrt v. Verf..
41) a. a. O. (S. 144).
42) Vgl. Lehmann a. a. O. S. 260. — Zustimmend Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II S. 176 ff. (zit bei Ennecc.-Lehmann a. a. O.)

in kurzen präzisen Worten alles das zum Ausdruck, was bei der Anwendung der Begriffe vom Richter zu berücksichtigen ist.

Es ist schade, daß Lehmann die Frage der Voraussetzung nicht in einer eingehenden Monographie behandelt hat; er müßte nach der hier zitierten Skizzierung seiner Ansicht zu einer Lösung kommen, wie wir sie im vorigen gegeben haben.

Daß auch Lehmann neben dem Hinweis auf § 242 sich, um zu beweisen, daß das Gesetz die Berücksichtigung einer solchen zur „Vertragsgrundlage“ [43]) gemachten Voraussetzung billige, auf die Bestimmungen der §§ 459 Abs. I, 610, 812 Abs. I, Satz 2, 779 BGB. beruft [44]), tut der grundsätzlichen Richtigkeit seiner Ausführungen keinen Abbruch.

Die von ihm gegebene Formel wäre bloß nach unserer Ansicht noch dadurch zu ergänzen, daß man als vierten Punkt hinzufügt:

(4) „und wenn es sich nicht um solche Umstände oder Vorkommnisse handelt, für die derjenige, der sich auf die Voraussetzung [45]) beruft, deshalb weil sie in seiner eigenen Lebenssphäre sich vorfinden oder eintreten, nach Treu und Glauben selbst die Gefahr tragen muß“ (Begrenzung durch § 242!).

Lehmann sagt jedoch mit Recht, alle Formeln gäben nur allgemeine Richtlinien und dürften nicht schematisch angewendet werden, sondern nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles; aber dieses ist durch den Hinweis auf § 242 BGB. und darauf, daß bei Geschäften spekulativen Charakters ein Rücktrittsrecht seltener gewährt werden darf, eigentlich selbstverständlich.

43) Nach unserer Ansicht zum Vertragsinhalt (gem. §§ 157, 242).
44) Allg. Teil S. 258 f..
45) Nicht „Geschäftsgrundlage“, wie Lehmann sagt.

III. Teil.

Die beste Form der Begriffe. — Die Frage nach der Rechtsfolge.

§ 21.

1. Die Frage nach der Form der Begriffe. — Was empfiehlt sich de lege ferenda?

1. Wenn wir nun fragen, in welcher Form wir die Begriffe anerkennen sollen, so ist kein Grund ersichtlich, warum man verlangen soll, daß eine Voraussetzung gegenseitig und Vertragsinhalt (im Sinne Rhodes) geworden sein soll. Eine Handhabung der Voraussetzung nach den im vorstehenden skizzierten Grundsätzen gibt jede nur wünschenswerte Gewähr dafür, daß kein Mißbrauch mit dieser Rechtseinrichtung getrieben werden kann. Eine Voraussetzung in den oben umrissenen Grenzen wird niemals dazu benützt werden können, unberechtigte Forderungen einseitig geltend zu machen und den Vertragsgegner zu übervorteilen; sie wird aber immer dann für den Richter ein Hilfs- und Erkenntnismittel zur Findung des richtigen Rechtes sein, wenn es gilt, den Grundsatz der inneren Vertragstreue zu wahren und jeder Vertragspartei das zuzusprechen, was sie nach dem Inhalt des Vertrages und den jeweils maßgeblichen Umständen zu verlangen berechtigt ist.

Das Institut der Geschäftsgrundlage ist bei allgemeiner Anerkennung dieser mit Hilfe des § 242 objektiv korrigierten subjektiven Lehre Windscheids entbehrlich, weil die Geschäftsgrundlage nur ein Unterfall der so verstandenen Voraussetzung ist. Die Voraussetzung ist der umfassende dem Motiv am nächsten stehende weitergehende Begriff, der die Geschäftsgrundlage sowohl in der Ausprägung bei Oertmann wie in der Locherschen Fassung mit in sich begreift. Die Geschäftsgrundlage wäre damit ebenfalls anerkannt. Die clausula rebus sic stantibus ist gleichfalls nur ein Unterfall unserer Voraussetzung [1]); denn das, woran die Partei überhaupt nicht gedacht hat — an eine wesentliche Veränderung der Umstände —, ist immer etwas, das zu vertreten man nach Treu und Glauben niemals

1) So schon Pfaff, Clausel S. 296.

einer Partei allein zumuten kann. Wenn ein Vertrag in der selbstverständlichen Annahme abgeschlossen wurde, daß die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse (wie Kreditwürdigkeit des Darlehnsnehmers so auch stabile Währung, Transportmöglichkeiten auf der Eisenbahn, Weiterbelieferung eines Verkäufers von Spezialinstrumenten oder Markenartikeln durch die allein herstellende Firma usw.) im wesentlichen die gleichen bleiben würden, so ist eben diese Annahme die Voraussetzung, unter der der Vertragsabschluß zustande kam.

2. Eine ausdrückliche gesetzliche Normierung, die etwa die Formel Lehmanns mit unserer Ergänzung zum Vorwurf nehmen müßte, empfiehlt sich aber nicht, solange nicht in der Wissenschaft eine im wesentlichen, d. h. in der Frage nach der dogmatischen Rechtfertigung, übereinstimmende Meinung grundsätzlich anerkannt ist. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn sich Theorie und Praxis dahin verständigen würden, daß ein einheitlicher Begriff allgemein als gültig den Erkenntnissen der Gerichte zugrunde zu legen ist, um die Rechtssicherheit und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht nur im Tenor der Urteile, sondern auch in der Begründung allmählich anzubahnen. Denn alle unter unser Problem fallenden Fälle lassen sich mit Hilfe des Begriffs der hier umrissenen Voraussetzung gesetzlich erfassen, ohne daß eine Gefährdung der Verkehrssicherheit zu befürchten wäre.

Solange sich jedoch Wissenschaft und Rechtsprechung noch nicht über die endgültige Anerkennung wenigstens eines der drei Begriffe geeinigt haben, müßte es eine selbstverständliche Forderung sein, daß man die Begriffe nicht promiscue gebraucht, sondern in der Rechtsprechung jeweils klar ausspricht, welche Lehre oder zum mindesten welcher der drei Rechtsbegriffe der Entscheidung zugrunde lag. Entweder klare Scheidung und Anwendung jedes Begriffes — soweit er überhaupt anerkannt wird — in seinem begrenzten Bereich, oder aber Anerkennung eines Begriffes zur Regelung aller unser Problem berührenden Rechtsfälle! Dies ist die Forderung der Zeit, deren Nichtbeachtung unerträgliche Mißstimmungen und Ungerechtigkeiten immer wieder auslösen wird.

Die gesetzliche Verankerung würde sich erst dann empfehlen, wenn, wie eben erwähnt, ein solcher umfassender Begriff, der allen Erfordernissen entspricht, und dem deshalb eine gewisse Elastizität innewohnen müßte, der aber trotzdem nicht zu weit gehen dürfte, gefunden und wenigstens überwiegend anerkannt ist. Das ist bis heute nicht

der Fall, sondern genau das Gegenteil, wie wir sahen. Auch eine genaue Abgrenzung der Begriffe ist m. W. nach den kurzen Bemerkungen Schaefers und den Ausführungen Lochers[2]) erstmalig in dieser Arbeit versucht.

Einerseits ist also zu beklagen, daß wir mehrere Begriffe haben, denen die gleiche rechtspolitische Idee zugrundeliegt, die aber alle auf verschiedenem Wege auf dasselbe Ziel zusteuern; zum anderen wird durch die Vermischung und wahllose Durcheinanderwürfelung der Begriffe, namentlich in den Gründen der Urteile des Reichsgerichts — die oft fast den Anschein erwecken, als sei willkürlich irgendeiner der in der Literatur behandelten Begriffe herausgegriffen, der dazu noch oft mit einer für einen ganz anderen Begriff geschaffenen und zutreffenden Begründung verbunden die Entscheidungsgrundlage bildet —, eine Unklarheit geschaffen, die fast unerträglich wird. Das R. G. kennt keine Begriffe, sondern nur Ausdrücke. Es verbindet dieselben Gedanken einmal mit dem einen, einmal mit einem anderen Ausdruck. Den Ausdruck Geschäftsgrundlage finden wir z. B. heute zur Kennzeichnung einer Voraussetzung und einige Wochen später in der Überschrift einer den Fall einer clausula behandelnden Entscheidung. Diese Unklarheit und Ungenauigkeit in der Begriffsanwendung ist eines der größten Übel in der Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte.

3. Die **gesetzliche Normierung** ist auch **sehr gut entbehrlich.** Wir haben die Anerkennung schon seit der Redaktion des BGB. in dem Begriffe von Treu und Glauben, der vollkommen ausreicht zur Erfassung aller Fälle und gleichzeitig zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten und Mißbräuchen.

Man verwendet heute in der Rechtsprechung manche Begriffe, die im Gesetz nicht einmal andeutungsweise zu finden sind, in ebenso nützlicher wie gerechter Weise und vorbildlicher Einheitlichkeit. Ausgezeichnet hat sich seit Staubs berühmter Monographie der Begriff der positiven Vertragsverletzung durchgesetzt, der sehr brauchbar ist und die gerichtliche Erfassung manchen Tatbestandes ermöglicht, der sonst nicht nach „richtigem Recht" beurteilt werden könnte. — Auch mit dem Begriffe der Gefährdungsaufrechnung, der ebensowenig im Gesetz seine ausdrückliche Stütze hat, ließ sich in der Praxis bisher sehr gut arbeiten. — Die Lehre von der culpa in contrahendo, die in der-

2) Arch. ziv. Prax. Bd. 121 S. 3 ff.; Schaefer, Irrtum S. 21 ff..

selben Weise erst über den Weg wissenschaftlicher Forschung in ihrer allgemeinen Form induktiv aus dem Gesetze gewonnen wurde, hat sich gleichfalls bisher vortrefflich bewährt.

So wird es auch mit der Voraussetzung sein. Vorläufig ist nicht einmal für eine Formulierung und ausdrückliche Verankerung der Einzelbegriffe im Gesetze der Zeitpunkt gekommen; erst recht aber dürfte man es nicht wagen, einen umfassenden Ausdruck in einer genauen Definition, die nur sehr schwer gefunden werden könnte, dem Gesetze einzuverleiben. Aber das Rechtsinstitut der Voraussetzung muß sich über kurz oder lang durchsetzen; ob es in dieser oder in jener Form geschehen wird, kann man heute noch nicht voraussagen. Wenn man in der Wissenschaft mehr Wert auf das Grundsätzliche legen wollte statt auf Haarspaltereien, die immer noch so beliebt sind; wenn man auf das Verbindende der verschiedenen Ansichten und Lehren ein größeres Augenmerk richten wollte, statt in kleinlicher Polemik am Einzelnen und Unterschiedlichen zu haften, was die Lehren noch trennt; wenn man sich auf diesem Wege einigen könnte auf **einen** brauchbaren Begriff zur Regelung unseres Problems: dann dürfte auch die Buntscheckigkeit der Rechtsfiguren und Namen in den Urteilen der Praxis bald aufhören, und die Zeit nicht mehr fern liegen, in der auf diesem so wichtigen Teilgebiet des Privatrechts grundsätzlich die Sprechung richtigen Rechts gewährleistet ist.

§ 22.

2. Anmerkungen zur Frage nach der Rechtsfolge.

Für die Praxis ist natürlich die Rechtsfolge der Anerkennung fast noch wichtiger als die Frage nach der Systematik, der Form und der Begründung der Begriffe.

Diese Frage kann aber in der vorliegenden Arbeit nicht mehr ausführlich behandelt werden, denn sie ist die schwerste unseres ganzen Problems. Wollten wir zu ihr gebührend Stellung nehmen, so würde diese Abhandlung zum doppelten Umfange anwachsen müssen. Mit Recht sagt Lehmann[1]): „Die Frage ist noch im Fluß".

Daß die Erkenntnis dieser Schwierigkeit allen Schriftstellern gemein ist, die sich mit unseren Begriffen beschäftigt haben, das zeigt allzu deutlich die Tatsache, daß kaum einer von ihnen eine einzige Lösung gibt, die für alle Fälle in gleicher

1) Enn.-Lehmann II § 41 II 3 (S. 144).

Weise gelten soll. Krückmann setzt sich z. B. heute mit der gleichen Nachdrücklichkeit für die Kondiktionswirkung wie früher für andere Lösungen ein.

Man merkt zu deutlich die Verlegenheit mancher Schriftsteller, wenn sie die Frage nach der Rechtsfolge stillschweigend offen lassen oder aber erklären, die Rechtsfolge müsse je nach Lage des einzelnen Falles einmal so und das andere Mal so lauten.

Auch wir können uns von dieser Verlegenheit nicht ganz freisprechen und glauben, daß eine endgültige Lösung der Frage nach der Rechtsfolge erst gefunden werden kann, wenn die Begriffe selbst in der nötigen oben skizzierten Weise sich voneinander abheben beziehungsweise ganz in dem umfassendsten der Voraussetzung aufgehen und die dann geschaffene Prägung auch allgemein verwendet wird.

Solange man an verschiedenen Rechtsbegriffen festhält, müßte auch die Rechtsfolge bei jedem anders sein. Grundsätzlich scheint es deshalb auch dem Verfasser vorläufig richtig zu sein, wenn man mit Oertmann — und mit Einschränkungen ist auch Locher dieser Ansicht — sagt: Die Rechtsfolge ist je nach Lage des Falles einmal ein Rücktritts- oder ein Widerrufsrecht der Partei, zum anderen ein Recht auf Kündigung oder auf Abänderung des Vertragsverhältnisses.